

J. rom. m.

278^{cr}
278₇

J. rom. m. 278 cp

Krönig

Ueber die
pfandrechtliche Haftung
der Früchte einer verpfändeten Sache.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doctorwürde
der juristischen Fakultät der Georg-August-Universität
zu Göttingen
vorgelegt
von
Daniel Krönig,
Referendar.

Göttingen,
Druck der Univ.-Buchdruckerei von W. Fr. Kästner.
1891.

4003



Inhaltsübersicht.

Einleitung	Seite 1
§ 1. Fruchtbegriff	„ 2
§ 2. Rechtlich wichtige Zustände der Frucht	„ 5
§ 3. Die moderne Gestaltung des Pfandrechts	„ 13
I. Abschnitt: Immobiliärverpfändung.	
§ 4. Pfandrechtliche Haftung hängender Früchte	„ 15
§ 5. Pfandrechtliche Haftung der getrennten Früchte nach gemeinem Rechte	„ 18
§ 6. Pfandrechtliche Haftung der getrennten Früchte nach neueren Particularrechten	„ 37
§ 7. Anhang: Antichrese	„ 51
II. Abschnitt.	
§ 8. Pfandrecht an beweglichen Sachen	„ 53

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	Seite 1
§ 1. Zwecksetzung	2
§ 2. Beschreibende Aufgabe	7
§ 3. Die methodische Darstellung	12
I. Abschnitt: Lerntheoretische Grundlagen	
§ 4. Lerntheoretische Grundlagen	16
§ 5. Lerntheoretische Grundlagen	16
§ 6. Lerntheoretische Grundlagen	18
§ 7. Lerntheoretische Grundlagen	18
§ 8. Lerntheoretische Grundlagen	17
§ 9. Lerntheoretische Grundlagen	61
II. Abschnitt	
§ 10. Lerntheoretische Grundlagen	63

Einleitung.

Die Früchte sind eine Erweiterung der Pfandsache, sie gehören zu den Accessionen derselben. Da nun die Frage der Erstreckung des Pfandrechts auf die Accessionen in einer für die einzelnen Kategorieen der letzteren verschiedenen Weise beantwortet werden muss — siehe Dernburg, Pfandrecht I. 432 ff.¹⁾ — so ist die Behandlung der Früchte in jener Hinsicht besonders zu untersuchen.

Bevor wir der verschiedenartigen pfandrechtlichen Behandlung der Früchte nachgehen, müssen wir, um dieselbe richtig zu verstehen, den Begriff der Früchte und ihre rechtliche Natur feststellen, da die letztere eine wichtige Unterlage für die Behandlung der Früchte im Pfandrecht und ihre mangelhafte Feststellung die Quelle mancher irrtümlichen Anschauung geworden ist. Nach der Ansicht Mancher²⁾ steht die pfand-

1) Dernburg teilt die Accessionen ein in Incorporationen, Pertinenzen, und solche Gegenstände, welche der Eigentümer in Folge seines Eigentumsrechts erwirbt, die aber eine selbständige juristische Individualität behalten (*insula nata, alveus derelictus, thesaurus, fructus, partus ancillae*). Während die ersteren mit Rechtsnotwendigkeit unbedingt, die zweiten nur mit Zustimmung des Verpfänders der Pfandhaftung der Hauptsache folgen, tritt bei der dritten Classe eine Mithaftung entweder überhaupt nicht ein oder nur unter bestimmten Umständen. Das Letztere ist der Fall bei Früchten.

2) Vgl. Eck in Behrend's Zeitschrift V. S. 755 fg. und in Holtzendorffs Rechtslexikon I. S. 918.

rechtliche Behandlung der Früchte im Vordergrund, um von ihr aus erst auf die rechtliche Natur der Früchte zu schliessen. Aber da die Natur der Früchte immer nur dieselbe sein kann, so muss sie im Pfandrecht die gleiche sein wie z. B. im Eigentumsrecht; will man also die Behandlung der Früchte im Pfandrecht erforschen, so muss man der Untersuchung diejenige Auffassung über die rechtliche Natur der Früchte zu Grunde legen, welche man aus der Behandlung derselben in anderen Rechtsverhältnissen gewonnen hat.

§ 1. Fruchtbegriff.

Für den Begriff *fructus* findet sich in den römischen Quellen eine allgemeine Definition nicht. Das Wort *fructus* wird in denselben vielmehr in verschiedener Bedeutung gebraucht. Häufig bezeichnet man damit den subjectiven Fruchtgenuss, die Thätigkeit des *frui*; so in l. 49 D. de us. 22, 1 (*fructus rei est vel pignori dare licere*) und in l. 48 D. eodem, in welcher von den Gegenständen gesprochen wird, welche in *fructu sunt*. Weiter aber verstand man unter *fructus* auch das Object dieses Genusses d. h. dasjenige Erzeugnis, welches das Geniessen einer Sache hervorbringt. In dieser Bedeutung ergreift der Begriff „Früchte“ allgemein jeden Nutzen, den man aus einer Sache, körperlicher wie unkörperlicher, soweit sie Gegenstand einer Nutzung sein können, gewinnt. Da sich nun in den Quellen der Begriff *fructus* bei der Feststellung der einem Niesbraucher zustehenden Rechte¹⁾ entwickelt hat, so ist er zunächst nur zu beziehen auf die Erträge einer körperlichen Sache, welche ein Niesbraucher nach römischem Recht zu gewinnen befugt ist. Daher muss die Hauptsache unversehrt bleiben, damit die gewonnenen Erträge als Früchte

1) Dies wird mit Recht gefolgert aus der schon bei Cicero (*de finibus* I. 4, 12) erwähnten und in l. 68 pr. D. 7, 1 von Ulpian entschiedenen Streitfrage: *an partus ad fructuarium pertineret* (vgl. Heimbach, d. Lehre von der Frucht S. 2 fg.)

dem Usufructuar zufallen. Da diesem ferner die Pflicht obliegt, die Sache ihrer ursprünglichen Bestimmung zu erhalten, so kommt ihm auch nur der Nutzen des dieser Bestimmung entsprechenden Gebrauches zu. Dies ergibt für den Begriff Frucht, dass derselbe nur solche Erzeugnisse umfasst, deren Erzielung dem Anschaffungszweck der Hauptsache entspricht.

Aus dem letztgenannten Grunde zählt das römische Recht den *partus ancillae* nicht zu den *fructus*; gleichwohl werden wir finden, dass gerade im Pfandrecht der *partus ancillae* ausnahmsweise als Frucht behandelt wird. Auch erkennt das ältere römische Recht als Niesbrauchsertrag nur die aus der körperlichen Niesbrauchssache (*est enim ususfructus ius in corpore l. 1, 2 D. 7, 1*) vermöge der natürlichen Beschaffenheit derselben hervorgehende bewegliche Sache an und scheidet daher Geldzinsen, sowie Miet- und Pachtgelder, überhaupt Nutzungen, welche durch „Vermittelung eines Rechtsverhältnisses“ (Windscheid, Pand. § 144) von der Sache gewonnen werden (*quae non ex ipso rei corpore nascuntur sed ex alia causa id est nova obligatione*) aus dem Fruchtbegriff aus¹⁾. Zwar hat die sehr häufig eintretende Gleichheit der Behandlung die späteren Juristen dazu veranlasst, Einkünfte, welche für den von einem Andern bezogenen Gebrauch oder Genuss einer Sache entrichtet werden, als Früchte zu bezeichnen und zwar als *fructus civiles*, aber es bestehen doch so manche Verschiedenheiten zwischen den sogen. *fructus civiles* und den vorhin charakterisierten, im Gegensatz zu diesen „*naturales*“ genannten Früchten, dass man keineswegs die Zinsen etc. zu den Früchten rechnen und ihnen gleichstellen darf. Die Quellen selbst sagen nur: *usurae vicem fructum obtinent (l. 34 pr. D. 22, 1), in fructu numeranda esse (l. 19 pr. eodem), mercedes a colonis acceptae loco sunt fructuum*.

1) Vgl. auch l. 62 D. 6, 1 — l. 58, 5 D. 36, 1 — und Köppen, Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 92.

Was daher für die Früchte im engeren Sinne in Bezug auf unsere Frage sich herausstellen wird, darf nicht ohne Weiteres auf die sogen. *fructus civiles* übertragen werden. In den Quellen des römischen Pfandrechts finden sie eine Erwähnung nicht. Es lassen sich auch diejenigen Auseinandersetzungen der Pandecten, aus denen wir die Behandlung der Früchte im gemeinen Pfandrecht ableiten werden, vielfach nicht direct auf bürgerliche Früchte anwenden, wie unsere Untersuchung ergeben wird. Nur im Faustpfandrecht ist die Anwendung der Analogie der natürlichen Früchte auf die civilen mit Schwierigkeiten nicht verbunden. Dagegen schliesst die Haftung der natürlichen Früchte eines verhypothecierten Grundstücks, wie sie im gemeinen Recht beschaffen ist, sogar unter Umständen die der Pacht- und Mietzinsen aus. Anders im modernen Recht. Sein Princip, die Stärkung des Realcredits, musste auch zur Regelung der bürgerlichen Früchte eines verhypothecierten Grundstücks führen; ihre ausdrückliche Einbeziehung in die hypothekarische Haftung ist teilweise notwendiger Ersatz für diejenigen natürlichen Früchte, welche das moderne Recht dem Anspruche des Hypothekengläubigers entzieht. Wir werden daher bei einzelnen Punkten unserer Untersuchung die bürgerlichen Früchte besonders zu behandeln haben.

Den organischen Erzeugnissen stehen aber immer die als wirtschaftlicher Ertrag aus einer Muttersache gewonnenen Gegenstände gleich, wenn auch ihre Entstehung die Substanz der Hauptsache angreift. Quellenbeispiele hiefür sind Steine, Sand, Kreide: l. 77 D. 50, 16. Windscheid (§ 144 S. 467) sieht als Grund hiefür an, dass die Verringerung der Steinbrüche, Sandgruben etc. nicht als solche erscheine, weil das Grundstück fortfahre, jene Erträge zu gewähren. Insofern dies aber nicht der Fall sei, gehörten die Steine nicht notwendig zu den Früchten (*nec in fructu est marmor, nisi tale est, ut lapis ibi renascatur*: l. 7, 18 D. 24, 3). In die letzte Kategorie

lässt sich auch das jagdbare Wild einreihen, sobald die Jagd die wesentlichste Nutzungsart des betreffenden Grundstücks ist (l. 62 D. 7, 1 — l. 26 D. 22, 1).

Neben die *fructus naturales* und *civiles* als besondere Fruchtart die Industrialfrüchte zu stellen, d. h. diejenigen Erträgnisse, welche durch die Thätigkeit des Gewinnenden erzielt werden, und für sie eine exceptionelle Behandlung zu verlangen, wie namentlich Unterholzner (Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 8) thut, ist nicht erforderlich. Es würde dies nicht in Einklang zu bringen sein mit der l. 48 pr. D. 41, 1 und l. 25, 1 D. 22, 1, Stellen, in denen dem b. f. possessor ausdrücklich *non tantum fructus, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes* zugesprochen werden. Auch im Pfandrecht wird kein Unterschied zwischen Natural- und Civilfrüchten einerseits und Industrialfrüchten andererseits zu machen sein.

§ 2. Rechtlich wichtige Zustände der Frucht.

Für alle durch Erzeugung entstehenden Früchte ist in Bezug auf ihre rechtliche Behandlung von äusserster Wichtigkeit der Zeitpunkt, in welchem dieselben als entstanden zu betrachten sind¹⁾. Die Erzeugung besteht entweder in einem einzigen Act oder in einer Reihe einzelner Vorgänge. Das letztere ist der Fall bei jeder Sacherzeugung. Dabei drängt sich dann naturgemäss die Frage auf — und sie ist eine sehr lebhaft umstrittene —, welcher Act den Moment der Entstehung bildet: derjenige, in welchem der Keim zu der neuen Sache gelegt wird und damit deren Entwicklung beginnt — oder derjenige, in welchem die letztere sich vollendet. Beide Möglichkeiten sind als die maasgebenden Momente in der Wissenschaft vertreten. Die eine Meinung, vornehmlich vertreten von Göppert, geht dahin, dass an Früchten bereits vor ihrer Trennung von der fruchtragenden Sache besondere Rechtsverhältnisse bestehen könnten, hängende und stehende

1) Vgl. Scheurl, Beiträge z. röm. R. I. S. 282—288.

Früchte also bereits selbständige Sachen seien. Die entgegengesetzte Meinung, und sie ist die herrschende, erkennt eine rechtliche Selbständigkeit der *fructus pendentes* durchaus nicht an, lässt dieselben vielmehr existent werden erst in dem Augenblick ihrer Trennung von der Muttersache. Beide Anschauungen stimmen freilich darin überein, dass vor der Trennung die Früchte Teile des Sachganzen sind, wie dies auch ausgesprochen ist in l. 44 D. 6, 1 (*fructus pendentes pars fundi videntur*), l. 40 D. de actionibus emti v. 19, 1 (*arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo*) und l. 25, 6 D. q. in fraudem 42, 8, wo ein im Winter mit den hängenden Früchten verkaufter fundus als *una res* bezeichnet wird. Allein die Auffassung, dass in Folge dieser Teil-eigenschaft das werdende Erzeugnis als juristische Sache nicht existiere, wie sie Windscheid¹⁾, Vangerow²⁾, Dernburg³⁾, Heimbach⁴⁾, Scheurl⁵⁾, Hartmann⁶⁾, Czychlarz⁷⁾ vertreten, will Göppert⁸⁾ als unhaltbar zurückweisen. „Es wäre eine praktisch völlig unerträgliche, aber logisch geforderte Consequenz davon die Schutzlosigkeit des Sacheigentümers, oder wer sonst fruchtberechtigt ist, gegen rechtlose Eingriffe Dritter in die Entwicklung der Producte.“ Auch würde mit Unrecht auf gewisse Quellenstellen als „principielle Aussprüche“ über die Rechtsnatur der *fructus pendentes* hingewiesen. Allein ohne Grund werden m. E. Ausdrücke, wie *nondum sunt, futura tamen sunt* (l. 15 D. 20, 1), *nondum erant in rebus humanis* (l. 7, 3 D. 44, 3), *in rerum natura adhuc non sunt* (l. 24 pr. D. de leg. I) doch nicht über sie gebraucht sein, und die darin enthaltene Charakterisierung hat Göppert m. E. nicht widerlegt. Seine aus der Nicht-

1) Pand. § 144.

2) Pand. § 370.

3) Pand. I. § 78.

4) a. a. O. S. 220.

5) a. a. O. S. 289.

6) Krit. V. J. Schr. IV. S. 524 fg.

7) Glück, Serie d. Bücher 41 u. 42. Bd. 1.

8) Organ. Erzeugnisse S. 159.

anerkenkung einer Selbständigkeit gezogene Consequenz der Schutzlosigkeit findet ihren Gegenbeweis in dem Schutz des Embryo gegen Delicte und der auch bei Entwendung und Beschädigung von hängenden Früchten gewährten actio furti und actio legis Aquiliae. Beides beruht auf Billigkeitsrücksichten, deren Ausdruck im ersten Fall die Fiction ist: nasciturus pro iam nato habetur. Für den zweiten Fall ist sie geradezu ausgesprochen: quia ut primum decerptus esset eius esse coepisset (scil. constat colonum, qui numis colat, cum eo, qui fructus stantes surripuerit, acturum furti: l. 26 D. 47, 2 — l. 27, 14 D. 9, 2). Schutzlos sind also werdende Erzeugnisse nicht. Der selbständig gewährte Rechtsschutz hindert indessen nicht, dass in Bezug auf dingliche Rechtsverhältnisse das Erzeugnis bis zu seiner Trennung von der Muttersache dem juristischen Schicksale dieser letzteren sich anschliesst. Selbst Gegenstand eines gültigen Rechtsgeschäftes kann es schon sein, ohne dass bereits auf ein gegenwärtiges von dem Recht an der Muttersache verschiedenes Recht an dem Erzeugnis zu schliessen wäre: es handelt sich lediglich um ein unter der Bedingung künftiger Existenz an dem getrennten Product zu erwartendes Recht.

Mit der Trennung erst wird das Erzeugnis völlig selbständige Sache im Rechtssinn und Object eigener Rechte. Auch in dieser Hinsicht gehen allerdings die Ansichten sehr auseinander. Die Trennung eines Erzeugnisses — nehmen Viele an — habe keine andere Wirkung als die zufällige Ablösung eines Stückes von der Hauptsache d. h. wie in diesem Falle das abgetrennte Stück dem Rechtsverhältnis der Muttersache unterworfen bleibe, so folge auch das separierte Erzeugnis dem juristischen Schicksal der Muttersache. So lehrte v. Savigny¹⁾ und ihm folgt in neuerer Zeit vor Allen

1) Savigny, Besitz § 22 a: „überhaupt hat es mit der Absonderung der Frucht genau dieselbe Bewandtnis wie mit der reellen Teilung jedes anderen Ganzen“.

Göppert (a. a. O. S. 184 fg.). Der letztere giebt zwar zu (S. 188), dass der entgegengesetzten Meinung eine gewisse Berechtigung zuzugestehen sei, insofern Erzeugnisse nicht in jeder Beziehung den anderen Sachbestandteilen gleich behandelt werden müssten, ferner dass jene Konstruktion innerlich nicht unmöglich sei, weil in den Erzeugnissen ein neues Wertobject entstehe, aber man müsse die Auffassung des getrennten Erzeugnisses als abgelösten Stückes deshalb für die natürlichere und einfachere ansehen, weil das separierte und das pendente Erzeugnis identisch seien. Er begnügt sich damit, die Beweise der Gegenanschauung entkräften zu wollen. Aber m. E. ist ihm dies nicht gelungen. Abgesehen von dem für die Theorie des neuen Rechtsobjects sprechenden Fruchterwerb des bonae fidei possessor, von dem sogleich zu handeln ist, kommen als Quellenstellen vor Allen in Betracht die¹⁾ l. 7, 3 D. de exc. rei judic. 44, 2 und²⁾ l. 10, 2 D. de usurp. 41, 3.

Die l. 7, 3 besagt, dass der Einklagung von Früchten einer Sache, welche zu einer Zeit, als diese nondum erant in rebus humanis d. h. noch nicht getrennt, Gegenstand eines gerichtlich entschiedenen Anspruches war, die Einrede der res judicata nicht entgegenstehe. Daraus geht hervor, dass fructus und partus nach der Trennung nicht eadem res sind wie vor derselben, sondern nova res. Dies ein genügender Beweis gegen Göppert. Um aber jene Stelle mit seiner Theorie zu vereinigen, unterstellt derselbe (S. 196) Eigentumsverlust im Laufe des Processes und Separation post litem contestatam, denn erst dann liesse sich die getrennte Frucht als selbständiges Rechtsobject auffassen, das der genannten Einrede nicht

1) l. 7, 3 D. 44, 2: Ulpianus: De fructibus eadem quaestio est et de partu; haec enim nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt, quae petita est; magisque est, ut ista exceptio non noceat.

2) l. 10, 2 D. 41, 3: Scaevola: Nec enim esse partum rei furtivae partem. Ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emptorem peperisset, usucapi poterat.

unterliege. Mit Recht scheint mir Windscheid (§ 144 A. 4) diese Interpretation als eine sehr gezwungene zu bezeichnen.

Was die l. 10, 2 D. 41, 3 anlangt, so wird sie von Göppert (S. 191) dahin verstanden, das geborene Kind sei jetzt keine pars der Mutter mehr, dagegen sei in der Stelle nicht gesagt, dass das Kind nach seiner Geburt nicht Teil gewesen sei. Mir erscheint es aber willkürlich, wenn man, falls es auf einen besonderen Moment ankommen sollte, in dem das getrennte Erzeugnis seine auf der Teilqualität ruhende Rechtsstellung verliert, in obiger Stelle gerade diesen Moment als vorausgesetzt annehmen will. Die l. 10, 2 cit. führt uns noch auf ein anderes Argument Göpperts (S. 199 fg.) nämlich die Fortdauer der Furtivität des partus conceptus über die Geburt hinaus, wie sie in der l. 48, 5 D. de f. 47, 2 ausgesprochen ist. Allein dies ist eine Ausnahme, welche ihre Begründung in dem Bedürfnis einer Erhöhung des Rechtsschutzes lebender Wesen findet. Andere Erzeugnisse einer gestohlenen Sache sind im Moment ihrer Trennung nur dann furtiv, wenn dieselbe bei einem malae fidei possessor stattfindet. Das beweisen l. 4, 18 D. 41, 3 und l. 11, 4 D. 16, 2: für den bonae fidei possessor werden sie mit der Trennung ersitzungsfähig, sind keine Teile der Hauptsache mehr, scheiden aus deren Rechtsstellung aus, während die Hauptsache selbst furtiv und ersitzungsunfähig bleibt.

Die wichtigste Stütze findet unsere Ansicht in dem Frucht-erwerb des gutgläubigen Besitzers. Wäre das Erzeugnis auch nach der Trennung nur ein abgesondertes Stück der Hauptsache, so könnte der gutgläubige Besitzer an ihm nur das Recht haben, das ihm am Ganzen zusteht, also ebenfalls nur bonae fidei possessio. Dieses wird nun zwar auch von vielen Juristen (z. B. Brinz, Pand. S. 546) angenommen, vornehmlich nach dem Vorgang von Savigny, freilich nur als Konsequenz der von uns bereits widerlegten Auffassung, wonach Früchte nur losgelöste Bestandteile seien. Aber aus den Quellen

selbst geht unseres Erachtens hervor, dass der *bonae fidei possessor* zwar an der *res frugifera* nur juristischen Besitz hat, die *fructus* aber zu vollem Eigentum erwirbt und zwar lediglich durch Separation ¹⁾. Dass der rechtmässige Besitzer einer Sache, der bei einem fruchtragenden Object zum Verbrauch der bestimmungsmässigen Erzeugnisse berechtigt ist, gegenüber dem Eigentümer insoweit geschützt werden muss, dass er nicht durch eine verspätet angestellte Eigentumsklage den rechtmässig gemachten Gewinn verliert, ist eine anerkannte Forderung der *naturalis ratio*. Darum hat das römische Recht den in dem Eigentumsprocess unterlegenen redlichen Besitzer einer fruchtragenden Sache von dem Ersatze der consumierten Frucht befreit und ihn nur zum Ersatze der im Moment der Klageerhebung vorhandenen verpflichtet.

Ueber die Natur dieses Rechtsverhältnisses herrscht freilich noch heute der lebhafteste Streit. Soll der *b. f. possessor* vor jedem Anspruch des Eigentümers der Hauptsache auf die von ihm consumierten Früchte geschützt sein, so muss er auch gegen eine etwaige *condictio sine causa* geschützt werden, die dem Eigentümer hätte zugestanden werden müssen, wenn die consumierten Früchte dem Eigentümer der Hauptsache zu Eigentum zugefallen wären. Aber der *b. f. possessor* ist in keiner Weise verpflichtet worden, die *bona fide* gezogenen und verzehrten Früchte zu restituieren. Schon das rechtfertigt die Annahme, dass man dem *b. f. possessor* Eigentum an den Früchten zugestand. Im andern Fall könnte er ferner Eigentum an ihnen nur durch Ersitzung erwerben, und diese Annahme würde — wie Fitting ²⁾ nachgewiesen hat — zu der

1) Vgl. Dernburg, Pand. I. S. 471. — Pfandr. I. S. 446. — Vangerow, Pand. § 326 A. 2. — Köppen, Der Fruchterwerb des *b. f. possessor* S. 68 fg. — Czyhlarz in Glück's Commentar, Serie der Bücher 41 u. 42. Bd. 1. 1887. S. 368 fg. — Fitting, Archiv f. civ. Pr. Bd. 52 S. 276. — Windscheid § 186.

2) Archiv f. civil. Praxis Bd. 52 S. 276 Anm. 185.

höchst mislichen Consequenz führen, dass er auch für Früchte einer bereits ersessenen Frucht der Hauptsache in Anspruch genommen werden könnte, die vor der vollendeten Ersitzung an jenen separirt, aber noch nicht die ganze Ersitzungszeit hindurch in seinem Besitz waren. Auch von einem soweit ausgedehnten Anspruch des Sacheigentümers ist nirgends die Rede. Er ist aber ebenfalls nur durch die Annahme eines Eigentumserwerbes seitens des b. f. possessor abzuweisen.

Freilich will es auf den ersten Blick erscheinen, als ob derselben die Pflicht des b. f. possessor, die fructus extantes zu restituieren, widerspreche, und an diesen scheinbaren Widerspruch hält sich vor Allen Windscheid, der darum dem b. f. possessor als sein Sonderrecht nur die „Consumtionsbefugnis“ zugestehen will. Wenngleich zugebend, dass die Quellen ausdrücklich von einem Eigentumsrecht des b. f. possessor an allen Früchten sprechen, meint er doch, dies sei nur eine fehlerhafte Ausdrucksweise¹⁾ und nur ein aus der Befreiung des b. f. possessor von der Restitution der fructus consumti gezogener Schluss, der nicht dazu berechtige, die Consequenz des Eigentumes an allen Früchten zu ziehen und z. B. die Usucapion auszuschliessen. Dagegen möchte wohl mit Recht auf § 35 J. II. 1 hingewiesen werden, wo an die Spitze das Recht des Eigentumserwerbes gestellt und daraus erst consumtos fructus restituere non debere gefolgert wird. Es lässt sich vielmehr sehr wohl der Eigentumserwerb mit der Restitutionspflicht vereinen, wie Köppen (der Fruchterwerb des bonae fidei possessor. Jena 1872) gezeigt hat. Wie im älteren römischen Recht beim Eintritt einer Sache in das peculium castrense des Hauskindes dieses an derselben unmittelbar Eigentum erwirbt, der Vater aber zugleich ein bedingtes, nämlich ein unter der Bedingung, dass der Haussohn

1) Hiergegen nimmt Vangerow — Pand. § 326 Anm. 2 sub a) Ende — mit Recht die ersten römischen Juristen wie Gaius, Papinian, Paulus in Schutz.

intestatus stirbt, im Moment des Todes auf den Zeitpunkt des Erwerbes durch den Sohn zurückdatiertes Recht, so muss ein pendentes Eigentum auch beim dominus an den Früchten seiner im Besitz eines b. f. possessor befindlichen Sache angenommen werden. Hier wird die Pendenz durch die Vindication der Hauptsache gelöst. Während der Pendenz war der b. f. possessor Eigentümer und hatte die volle Consumtionsbefugnis; da aber mit Eintritt der auflösenden Bedingung das provisorische Eigentum des Sacheigentümers rückwärts ein definitives wird, so hört die Consumtionsbefugnis über die noch vorhandenen Früchte auf und sie sind deshalb zu restituieren.

Für unsere Auffassung fällt endlich noch ins Gewicht, dass der Fruchterwerb des b. f. possessor in den Institutionen mitten in der Lehre vom Eigentumserwerbe behandelt wird, und dass in verschiedenen Quellenstellen der b. f. possessor in Bezug auf seinen Fruchterwerb dem Usufructuar und Emphyteuta gleichgestellt wird, denen das Eigentum an den von ihnen getrennten Früchten nicht bestritten ist. Somit ist aus dem Rechtsverhältnis des b. f. possessor zur Hauptsache einerseits und zu den von ihr getrennten Früchten andererseits mit Recht zu folgern, dass beide selbständige Rechtsobjecte sind.

Fassen wir das über die Früchte Gesagte noch einmal kurz zusammen, so hat sich ergeben, dass die Früchte, solange sie mit der Hauptsache verbunden sind, Teile derselben und deren rechtlicher Stellung unterworfen sind. Mit der organischen Trennung werden sie Gegenstand eines selbständigen Rechts, demnach sind Rechtsgeschäfte auch in Beziehung auf noch nicht getrennte Früchte möglich, aber der Eintritt des durch das Rechtsgeschäft für die Früchte vereinbarten Rechtsverhältnisses ist dann als durch die Trennung der Früchte von der Hauptsache bedingt anzusehen. Es handelt sich nun darum, ob die in Vorstehendem vertretene Meinung über die rechtliche Natur der Früchte bei der Sachverpfändung als zutreffend befunden wird. Zuvor aber einige Bemerkungen über:

§ 3. Die moderne Gestaltung des Pfandrechts.

Bei der Reception des römischen Rechtes in Deutschland wurden die Grundsätze des römischen Pfandrechts zunächst unbeschränkt angenommen. Danach konnten sowohl an Mobilien wie Immobilien in beiden Formen Pfandrechte bestellt werden: mittelst Aushändigung des Pfandobjects an den Faustpfandgläubiger, oder ohne dieselbe durch einfachen Vertrag: Hypothek. Beide Arten gaben dem Pfandgläubiger den Anspruch auf Besitz und Verkauf im Fall nicht rechtzeitiger Schuldtilgung. Durch den Einfluss des älteren deutschen Pfandrechts haben diese Bestimmungen aber allmählich mannigfache Modificationen erlitten. Dieselben beruhen im Wesentlichen darin, dass das Pfandrecht die ursprünglich einheitliche Gestaltung bei Mobilien und Immobilien verlor und sich scharf teilte in ein Mobiliar- und ein Immobiliarpfandrecht. Man liess an Immobilien nur eine Hypothek zu, in Anlehnung an die deutsche „neuere Satzung“, die ihrem Inhalte nach der römischen Hypothek sehr nahe stand.

An Mobilien konnte nach älterem deutschen Recht nur durch Besitzübertragung ein Pfandrecht entstehen; mit der Reception kam zwar auch für sie die Hypothek in Anwendung, aber in Rücksicht auf die bei der Verschleppbarkeit beweglicher Gegenstände besonders erforderliche Sicherheit des Gläubigers hat die spätere deutsche Particulargesetzgebung die Mobiliarhypothek fast ganz durch ausdrückliches Verbot beseitigt, oder wo die Landesgesetzgebung sie nicht beseitigte (z. B. in Mecklenburg, Lauenburg, Braunschweig, Hamburg), ist die Wirkung einer solchen durch die reichsgesetzliche Regelung des Concurses, indem die Concursordnung (§§ 39. 40) nur Faustpfandrechte berücksichtigt, bedeutend abgeschwächt. Als Ausnahme von der strengen Unterscheidung des Immobiliarpfand- und Mobiliarpfandrechts ist indes noch zu erwähnen, dass in einzelnen Gebieten wenn auch nicht als selbständiges Pfandrecht, so doch in Verbindung mit der Hypothek ein Quasi-

Faustpfandrecht an Grundstücken anerkannt ist, insofern man einem Hypothekengläubiger die einem Faustpfandgläubiger einzuräumenden Gebrauchs- und Nutzungsrechte zugesteht. Gerade für unsere Frage ist der letztere Fall nicht unwichtig.

Für den Inhalt des Pfandrechts hat dieser Unterschied nur teilweise eine Veränderung des gemeinen Rechtes herbeigeführt. Im Faustpfandrecht sind die Ansprüche des Pfandgläubigers auf die Früchte der beweglichen Sache dieselben geblieben. Anders haben sie sich dagegen im Hypothekenrecht gestaltet. Auf diesem Gebiete hat die Landesgesetzgebung Bestimmungen erlassen, die bedeutend vom gemeinen Recht abweichen. Gemeinsam ist den zahlreichen Einzelrechten die Abhängigkeit einer Hypothek von ihrer Eintragung in ein öffentliches, von einer öffentlichen Behörde zu führendes Buch, das sogen. Grund- oder Hypothekenbuch. Da in ein solches nur unbewegliche Sachen und solche Rechte eingetragen werden können, welche den unbeweglichen Sachen gleich geachtet sind, so unterliegen Mobilien nur in ihrer Eigenschaft als Nebensachen des eingetragenen Objects der darauf lastenden Hypothek. Was aber als solche mithaftende Nebensache zu behandeln ist, wird von den verschiedenen modernen Pfandgesetzen verschieden bestimmt.

In Uebereinstimmung mit dem römischen Recht lassen die Mehrzahl die „Incorporationen“ genannten dem Grundstück hinzugefügten Objecte mithaften. Schon bei den Pertinenzen aber zeigt sich eine Abweichung vom gemeinen Recht. Während dieses nur die vom Verpfänder selbst verbundenen Pertinenzen dem Pfandnexus unterwirft, schliesst das moderne Recht auch die von einem Dritten verbundenen ein unter der Voraussetzung, dass sie dem zur Zeit der Vollstreckbarkeit des Anspruches berechtigten Eigentümer gehören¹⁾. Indessen

1) Einzelne Rechte nehmen jedoch die nach der Eintragung der Hypothek hinzutretenden Pertinenzen aus, weil aus ihrer Verwendung

ist bei den Pertinenzen ein Unterschied zu machen zwischen beweglichen und unbeweglichen, auf den wir noch weiter einzugehen haben werden, insofern die Früchte eines Grundstücks unter Umständen Pertinenzqualität erwerben und dieser entsprechend behandelt werden müssen. Für die nicht in Pertinenzstücke verwandelten Früchte sind in den verschiedenen Rechtsgebieten Deutschlands verschiedene Bestimmungen anzuwenden. In manchen Rechtsgebieten kommen trotz principiell moderner Gestaltung des Pfandrechts die Grundsätze des gemeinen Rechtes subsidiär zur Anwendung so in Hamburg (vgl. das Hamb. Ges. über Grundeigentum und Hypotheken d. d. 4. XII. 1868 — und Bericht des Ausschusses v. 9. XI. 1864 S. 19 sub 6, 1). Wir werden im Folgenden entsprechend der Teilung des modernen Pfandrechts zunächst die Stellung der Früchte einer verpfändeten Immobilie, dann die einer verpfändeten Mobilie betrachten.

Erster Abschnitt:

Bei Immobilierverpfändung.

§ 4. Pfandrechtliche Haftung hängender Früchte.

Da die Früchte eines Grundstücks, solange sie mit demselben organisch verbunden sind, nach unserer Ausführung selbständige Rechtsobjecte noch nicht sind, sondern Bestandteile des Grundstücks bilden, so müssen sie mit Rechtsnotwendigkeit an der rechtlichen Stellung dieser teilnehmen, unterliegen also auch der an jener bestehenden Hypothek. Das gilt im gemeinen Rechte wie in den heutigen deutschen Particularrechten für alle im Augenblick der Geltendmachung

für das Grundstück nicht die Absicht zu entnehmen sei, dass diese dem Hypothekenrecht unterstellt werden sollten. Vgl. Meibom, Mecklenb. H. R. S. 190.

des Pfandrechts pendenten Früchte mit einer Ausnahme im preussischen Rechte. Dasselbe lässt abweichend von der gemeinrechtlichen Consequenz einen Sonderbesitz an ungetrennten Früchten ausdrücklich zu unter der Voraussetzung, dass es dem betr. Erwerber möglich ist, die Trennung beliebig vorzunehmen. Es giebt ferner dem in wirklichem Besitz des Gutes befindlichen Pächter ein dingliches Recht am Pachtgut (A.L.R. I. 21 § 2) und damit Eigentum an den Früchten schon im Moment der ersten Entstehung. Die Consequenz dieses Grundsatzes ist, dass die dem Pächter gebührenden Früchte, auch während sie noch hängen oder stehen, dem Hypothekengläubiger nicht haften (A.L.R. I. 20 § 476). An die Stelle derselben treten die ausstehenden Pachtzinsen.

Daran hat auch das preussische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 (E.E.G.) § 30 nichts geändert, wenngleich es eine nähere Bestimmung darüber nicht enthält. Deshalb darf aber nicht mit Turnau¹⁾ angenommen werden, das Gesetz lasse ohne Rücksicht auf das Eigentum alle stehenden und hängenden Früchte haften, es muss vielmehr nach allgemeinen Rechtsregeln — *nemo alienam rem invito domino pignori dare potest* — an der Bestimmung des Landrechts festgehalten werden.

Dies ist auch die in den Motiven zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich (Bd. III S. 653) vertretene Auffassung. Wie diese im Interesse der Pachtverhältnisse wirtschaftlich nötige Sonderbestimmung in einer Reihe kleiner deutscher Rechtsgebiete Eingang gefunden hat, so ist auch der Entwurf dem preussischen Gesetze gefolgt und nimmt in Abweichung von der Regel (§ 901), dass der in der Inhabung des Gutes befindliche Pächter erst mit der

1) Turnau, Grundbuchordnung v. 5. V. 1872 I. S. 697. Auch v. Roth (System des deutschen Privatrechts III. § 307 Noten 9 u. 10) erachtet die Ausnahmestellung der dem Pächter gebührenden stehenden Früchte für aufgehoben durch das preuss. Gesetz v. 5. V. 1872.

Trennung das Eigentum an den Früchten erwirbt, die „dem in der Inhabung des Grundstücks befindlichen Pächter gebührenden Früchte“ von der Pfandhaftung aus. Ist der Pächter nicht Inhaber des Grundstücks, so sollen auch die stehenden und hängenden Früchte dem Hypothekengläubiger haften.

Diese Beschränkung der Pfandhaftung der Früchte findet ihre Begründung in dem Bedürfnis eines Schutzes des Pächters. Aber dasselbe geht nur soweit, als der Pächter die Gewinnung der Früchte selbst betreibt, soweit also, als er, wenn das römische Recht gälte, in seinem ganzen landwirthschaftlichen Betriebe durch eine drohende Zwangsvollstreckung zu Gunsten des Hypothekengläubigers erheblich gefährdet wäre. Auf der anderen Seite darf das Interesse des Hypothekengläubigers nicht vernachlässigt werden. Derselbe hat oft in den Pachtzinsen ein keineswegs ausreichendes Aequivalent, wenn der Pachtzins niedrig oder der Pächter ein unsicherer Zahler ist. Darum dürfen ihm die stehenden und hängenden Früchte nicht weiter vorenthalten werden, als es das Interesse des Pächters zu verlangen scheint.

Auf die Haftung der pendenten natürlichen Früchte hat, abgesehen vom Pachtverhältnis, ein Anspruch Dritter keinen Einfluss. Wenn der Eigentümer des Grundstücks auch schon während ihrer Pendenz die Früchte veräußert hat, so unterliegen dieselben doch, solange ihre organische Verbindung mit dem Grundstück noch nicht gelöst ist, der Zwangsvollstreckung zu Gunsten des Hypothekengläubigers; denn die Veräußerung kann überhaupt erst wirksam werden, wenn die Früchte selbständige Rechtsobjecte werden, und dies geschieht erst mit der Trennung.

Da also mit dieser die Früchte bewegliche Sachen und Objecte eines selbständigen Rechtes werden, so macht sich jetzt der Unterschied des Gemeinen Rechtes vom modernen Rechte in der Behandlung beweglicher Sachen im Pfandrecht geltend.

Wie derselbe im Allgemeinen darauf beruht, dass an Immobilien im modernen Recht nur eine Hypothek, an Mobilien nur ein Faustpfandrecht möglich ist, während das Gemeine Recht für beide Arten von Sachen beide Formen des Pfandrechts kennt, so sind im Besonderen die Voraussetzungen für eine Mithaftung der Früchte neben dem Grundstück verschieden. Das Gemeine Recht verlangt dazu die Entstehung einer auf Grund des die Früchte nicht ausschliessenden Verpfändungsactes des Grundstückes selbständig verfolg- baren Hypothek, das moderne Recht eine derartige Verbindung mit dem Grundstück, dass dem Hypothekengläubiger noch ein nur in Verbindung mit seinem Pfandrecht an jenem geltend zu machender Anspruch auf sie zustehen kann.

Ein weiterer Unterschied liegt in der Art der Befriedigung des Pfandgläubigers. Im Gemeinen Recht wird dem mit der *actio hypothecaria* siegenden Hypothekarier das Recht auf den Besitz des Pfandobjects zugesprochen, und, da das Urteil auf den Moment der Klageerhebung zurückbezogen wird, auch auf alle diejenigen Früchte als zur *omnis causa rei* gehörige, welche der beklagte Besitzer seit der Zeit gezogen. Im heutigen particularen deutschen Recht bemisst sich die Befriedigung des Gläubigers, da er gegen den Schuldner nur einen Anspruch auf Anerkennung eines Vollstreckungsanspruches hat, nach dem Zeitpunkt der von ihm auf Grund des ihm zuerkannten Vollstreckungsanspruches zu beantragenden gerichtlichen Execution in das Grundstück. Eine Modification liegt in dem Recht des Gläubigers, auch vor Fälligkeit seiner Forderung eine einstweilige Verfügung über die Früchte zu erwirken, falls die künftige Geltendmachung seines Anspruches erschwert oder vereitelt zu werden droht.

§ 5. Pfandrechtliche Haftung der getrennten Früchte nach Gemeinem Recht.

Nach Gemeinem Recht muss man diejenigen Früchte,

welche als selbständige Pfandobjecte mit der *actio hypothecaria* eingeklagt werden können, und diejenigen, welche als sogen. *causa rei* dem die Hauptsache einklagenden Gläubiger zugesprochen werden müssen, unterscheiden.

I. Ueber die Entstehung der selbständigen Hypothek herrscht lebhafter Streit. Zunächst ist festzustellen, dass eine besondere Verpfändung für die Früchte nötig ist. Denn diese werden mit der Trennung von der Hauptsache selbständige Rechtsobjecte, welche keineswegs *ipso iure* der Rechtsstellung jener folgen. Es können an ihnen von dem an der Hauptsache bestehenden Recht verschiedene Rechte begründet werden, aber es bedarf dazu eines besonderen Erwerbsactes, da ein solcher besonderer Erwerbsfall schon erforderlich ist, um an ihnen dem Eigentümer der Muttersache das gleiche Recht zu verschaffen, wie er es an dieser hat, der sogen. *Accessionserwerb*, so kann auch die Pfandstellung der Hauptsache nicht *ipso iure* auf die getrennten Früchte übergehen. Dem Erfordernis einer besonderen Pfandabrede über die Früchte widerspricht nicht, dass eine solche stillschweigend in der Verpfändung einer fruchttragenden Sache enthalten angesehen wird. Andere aber sind anderer Meinung: „aus der allgemeinen und ständigen Sitte, die Früchte mitzuverpfänden, entwickelte sich die Präsumtion, dass die Parteien mit der Hauptsache auch deren Ertrag verpfänden wollten¹⁾“. Zu dieser Meinungsverschiedenheit geben vor Allem zwei einander anscheinend scharf gegenüberstehende Quellenstellen Veranlassung. Die eine ist eine Constitution des Kaisers Alexander Severus: l. 3 Cod. i. q. c. pign. tacite contr. 8, 15:

„Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione esse, praedia tamen quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire nulli prudentium placuit“.

1) Dernburg, Pfandr. I. S. 440.

Ihr gegenüber steht Pauli rec. sent. II. 5, 2:

„Foetus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit“.

Auf den letzten Satz stützen sich die Behauptungen Warnkönig's¹⁾ und Puchta's²⁾, dass ein Pfandrecht nur an denjenigen Früchten entstehe, welche durch ausdrückliche Erwähnung im Pfandvertrage mitverpfändet seien. Der in dem Rescript des Kaisers Severus aufgestellten Meinung, dass alle künftigen Früchte auf Grund stillschweigender Verpfändung vom Pfandnexus der Muttersache mitergriffen seien, folgt eine weitaus grössere Zahl von Juristen: Dernburg³⁾, Windscheid⁴⁾, Vangerow⁵⁾, Francke⁶⁾, Heimbach⁷⁾, Schlayer⁸⁾.

Vergeblich bemühen sich Puchta und Warnkönig, die Sentenz des Paulus zu entkräften; jener will sie nur auf die officio iudicis zuzuerkennenden Früchte beziehen, dieser nur auf pendente Früchte. Allein die l. 3 spricht ausdrücklich von einer tacita padio, stellt also die nicht erwähnten Früchte den vertragsmässig verpfändeten gleich — und die Unterstellung einer nicht erwähnten Pendenz der Früchte rechtfertigt sich um so weniger, als der Schlusssatz praedia quae emuntur ex fructuum pretio die Trennung der Früchte voraussetzt, man also annehmen muss, dass auch im ersten Teil des Rescripts von getrennten Früchten die Rede ist.

Die einfachste Erklärung des anscheinenden Widerspruches beider Stellen ist die von Scheurl⁹⁾ versuchte historische Vereinigung. Man müsse annehmen, dass zwar Paulus das

1) Warnkönig im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 22 S. 403 fg.

2) Puchta, Pand. § 203.

3) Dernburg, Pfandr. I. S. 439 fg.

4) Pand. § 226, 9.

5) Pand. § 370.

6) Francke im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 30 S. 158 fg.

7) Heimbach a. a. O. S. 220.

8) Schlayer im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 49 S. 87.

9) Kritische Vierteljahrsschrift II. S. 486.

stillschweigende Pfandrecht noch nicht anerkannt habe, dasselbe sei aber in der späteren Zeit, vielleicht erst seit dem Rescript Alexander Sever's, allgemein angenommen worden. Andere haben den anscheinenden Widerspruch aus einer Verschiedenheit der Grundlagen der Anschauungen erklären wollen. Dernburg (S. 44) schlägt vor: Paulus habe hauptsächlich an die alte Pfandbestellungsform der fiducia gedacht, er habe der fiducia das pignus gegenüber stellen wollen und demgemäss hervorheben müssen, dass während in Folge der bei dieser stattfindenden Eigentumsübertragung die Früchte selbstverständlich mitverpfändet seien, bei dem pignus ein Pfandrecht an den Früchten nur in Folge besonderer Abrede zur Entstehung komme. Diese letztere könne aber in der Verpfändung der Hauptsache stillschweigend enthalten sein, und Paulus hätte daher unbedenklich fortfahren können: *sed etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse*¹⁾.

Aus dem Umstande, dass die sent. II. 5, 2 nur von foetus und partus spreche, will Bachofen²⁾ schliessen, dass Paulus nur für sie ausdrückliche Verpfändung erfordere, während er für andere Früchte die stillschweigende Verpfändung nicht geleugnet haben würde. Diese Erklärung befindet sich in offenbarem Widerspruch mit anderen Quellenstellen, welche auch das Sklavenkind ohne besondere Abrede mitverpfändet sein lassen (l. 1 Cod. 8, 25³⁾ — l. 29, 1 D. 20, 1).

Huschke, dem Vangerow beistimmt, erklärt in seinen „Studien des röm. Rechts“⁴⁾ die sent. II. 5, 2 in der uns überlieferten Form für corrumpt, man müsse statt „tenetur“ pig-

1) Die gleiche Anschauung entwickelt Hartmann in der Krit. V. J. Schrift XI. S. 525.

2) Bachofen, Pfandrecht S. 146—154.

3) l. 1 Cod. 8, 25: *partus pigneratae ancillae in pari causa esse qua mater est, olim placuit.*

4) Huschke, Studien des röm. Rechts I. S. 368.

noris iure lesen retinetur¹⁾; dazu berechtere die Vermutung, dass l. 8 D. 20, 2, welche gleichfalls dem zweiten Buche der Sentenzen des Paulus entnommen ist²⁾, auf unsere Stelle gefolgt sein möchte. Der Inhalt der letzteren würde dann der sein, dass die Früchte einer zu Faustpfand gegebenen Sache auf Grund der Verpfändung allein nicht Eigentum des Gläubigers würden, sondern nur wenn dieses besonders vereinbart sei. Die Richtigkeit dieses Auslegungsversuches mag auf sich beruhen bleiben. Jedenfalls wird die Gleichstellung der stillschweigenden Verpfändung mit der ausdrücklichen, wie sie c. 3 cit. annimmt, ebenfalls ausgesprochen in l. 29, 1 D. 20, 1 (sive specialiter de his convenerit, sive non); sie findet hier eine Erklärung in der analogen Behandlung der Früchte im Faustpfandrechte und sie wird auch als Grundlage für die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters an den Invecten und Illaten angesehen³⁾.

Es scheint als liesse sich gegen jene Gleichstellung — mit Warnkönig (S. 403) — einwenden, dass dann eine ausdrückliche Verpfändung der Früchte gar keine Bedeutung haben würde. Allein Francke (S. 163) entgegnet wohl mit Recht, dass in Verträgen die Parteien oft etwas dem vereinbarten Rechtsverhältnis notwendig Anhaftendes ausdrücklich festsetzen.

Aus einer solchen tacita pactio ist auch zu erklären l. 32, 1 D. 16, 1: „Si mulier rem a se pignori datam per intercessionem recipere velit, fructus etiam liberos recipit“. Freilich

1) Vgl. auch Krüger's Note 11 zu Pauli sent. II. 5, 2 in der Collectio librorum iuris Antejustiniani, tom II, wonach sich in der besseren der beiden Handschriften der lex Romana Wisigothorum, dem codex Monacensis, die Lesart „retinetur“ findet.

2) l. 8 D. 20, 2: Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignorate ad modum legitimum usuras retinere.

3) l. 4 pr. D. 2, 14: Item quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locatis invecta et illata pignori esse, etiamsi nihil nominatim convenerit.

werden diese Worte von Göppert (S. 372) gerade benutzt, um zu zeigen, dass eine Verpfändung der Früchte überhaupt, sei sie ausdrücklich oder stillschweigend, deshalb überflüssig sei, weil die Pfandhaftung der Muttersache sich auf die Früchte als *partes rei* von selbst erstrecke. Indessen sind, wie oben nachgewiesen, die *fructus separati* nicht *partes rei*, so bedarf es einer besonderen Vereinbarung, um an ihnen ein Pfandrecht zu begründen. Wie Göppert die in den Quellen ausdrücklich erwähnte *expressa sive tacita pactio* auffasst, bleibt unklar. In der *sent. Pauli* II. 5, 2 verwendet er sie mit Huschke für die *Antichresis* beim *pignus*, in der *l. 3 Cod.* 8, 15 ignoriert er sie.¹⁾

II. Wenn wir in dem Bisherigen festgestellt haben, dass eine stillschweigende Verpfändung der Früchte ebenso wie die ausdrückliche eine *actio hypothecaria* auf die Früchte einer verpfändeten Sache giebt, so muss doch als Haupterfordernis für diese Wirkung in beiden Fällen aufgestellt werden, dass die Früchte im Augenblick ihrer Separation in das Eigentum des Verpfänders fallen.

Die mit der Verpfändung einer fruchtragenden Sache verbundene Verpfändung der künftigen Früchte gehört zu den Fällen einer sogen. anticipirenden Verpfändung. Da die Früchte vor ihrer Trennung vom Grundstück Sachen im Rechtssinn noch nicht sind, so kann ein besonderes Rechtsverhältnis an ihnen während jener Zeit nicht bestehen. Erst mit der Trennung wird das möglich. Der über sie geschlossene Hypothekenvertrag wird daher erst wirksam in diesem Zeitpunkt. Im älteren römischen Rechte mussten alle subjectiven und objectiven Bedingungen des Zustandekommens eines Rechtsgeschäftes

1) Vgl. über d. Erklärungen der *sent. Pauli* II. 5, 2: von Kries, „Ueber den Anspruch des Pfandgläubigers auf die Früchte der verpfändeten Sache: nach römischem Recht“. Königsberger Inauguraldissertation 1891 S. 6—14. Diese Arbeit ist mir erst nach Fertigstellung meiner Dissertation zugegangen und konnte daher nur kurz in Anmerkungen berücksichtigt werden.

zusammen im Moment des Abschlusses vorhanden sein; danach wäre ein Pfandvertrag über erst später entstehende Rechtsobjecte nichtig gewesen, selbst wenn er unter der Bedingung künftigen Entstehens abgeschlossen worden wäre. Doch das spätere Recht hat demselben aus Rücksichten der Billigkeit Gültigkeit zugestanden. Da es nun aber schon ein strenges Erfordernis für den unbedingten Pfandvertrag ist, dass der Pfandgegenstand sich in bonis debitoris befindet, so muss sich für den bedingten als notwendige Voraussetzung seiner Gültigkeit das Vorhandensein eines dinglichen Rechts des Verpfänders im Augenblick der Verpfändung ergeben, auf Grund dessen ihm der sicheren Erwartung gemäss das Eigentum an den verpfändeten Früchten im Moment ihrer Entstehung zufallen muss¹⁾. Als solche Rechte erwähnen die Quellen (l. 11, 3 D. 20, 4) Eigentum und Ususfruct. Da ferner auch der Emphyteuta berechtigt ist, die Früchte der Emphyteuse zu Eigentum zu erwerben, so können auch von ihm künftige Früchte in die Verpfändung des emphyteuticarischen Grundstücks eingeschlossen werden. Das Gleiche gilt für den publicianisch berechtigten Besitzer und für den Pächter eines Grundstücks.

Die anticipirende Pfandbestellung ist nun zwar gültig, wenn jene Voraussetzung erfüllt ist; aber dennoch kann das Pfandrecht an den Früchten im Moment ihrer Verselbständigung d. h. ihrer Trennung vom Grundstück nicht existent werden, wenn sie mit derselben nicht in das Eigentum des Verpfänders fallen. Das folgt aus dem doppelten Grundsatz, dass einmal das Pfandrecht wirksam werden kann erst wenn die Früchte Object eines selbständigen Rechtes sein könnten, und sodann daraus, dass niemand eine fremde Sache invito domino verpfänden kann (l. 6 Cod. 8, 15). In Folge dieses

1) Vgl. Huschke i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 20, S. 261. Regelsberger, Altersvorzug d. Pfandrechte S. 65. Dernburg, Pfandrecht Bd. I, S. 243.

Erfordernisses kann freilich das Recht des Pfandgläubigers unter Umständen sehr geschmälert werden. Es steht ihm der dingliche Pfandanspruch auf die Früchte nur von deren Entstehung bei dem Pfandgläubiger an zu; der Verpfänder aber kann das Grundstück veräußern und damit einem Anderen das Eigentum der Früchte verschaffen. Das Gleiche bewirkt die Bestellung einer Emphyteuse am Grundstück. In diesen Fällen werden die vom dritten Eigentümer bzw. dem Emphyteuten getrennten Früchte nicht unter das Pfandrecht fallen. Auch ohne den Willen des Verpfänders kann ein Dritter Eigentümer der Früchte werden, nämlich der bonae fidei possessor des Grundstücks. Dann sind auch die von diesem gezogenen Früchte dem Pfandanspruch nicht unterworfen.

Auf der anderen Seite bleibt die Pfandbestrickung der vom Verpfänder erworbenen Früchte erhalten, wenn er sie allein oder mit dem Grundstück veräußert, und der Erwerb des Eigentums durch den Verpfänder unterwirft die Früchte selbst dann dem Pfandrecht, wenn nachher ein Pächter des Grundstücks die Früchte zieht. (Vgl. Dernburg, Pfandr. I. S. 443.) Denn der Pächter erwirbt die Früchte nur von seinem Verpächter und, weil der dingliche Anspruch jeden Eigentumswechsel überdauert, so erwirbt er sie belastet mit dem vom Verpächter herrührenden Pfandrecht¹⁾. Es macht keinen Unterschied, ob die Pacht schon von der Verpfändung bestand oder erst nachher begründet wurde.

Dagegen ist ein Unterschied zu machen, wo ein Niessbrauch mit dem Pfandrecht an einer Sache zusammentrifft. Zwar erwirbt der Niessbraucher die Früchte auch nur als Successor des Grundeigentümers und daher cum suo onere aber doch nur, wenn das Pfandrecht von dem Eigentümer eher

1) l. 24, 1 D. 19, 2: Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur; sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent ac si primus colonus eos percepisset. — Gleicher Meinung Czychlarz a. a. O. S. 468, A. M. Francke S. 172.

bestellt war als der Niessbrauch. Im andern Fall würde eine „Beeinträchtigung eines einmal gewährten dinglichen Rechtes vorliegen, die um deswillen wirkungslos ist“ (Dernburg)¹⁾. Zweifellos ist endlich, dass der *malae fidei possessor* der Hauptsache die Früchte nie in sein Eigentum bringt, weshalb solche Früchte gleichfalls dem Pfandnexus unterworfen bleiben.

Unsere Behauptung, dass *pendente* Früchte, damit an ihnen ein Pfandrecht entstehe, im Augenblick ihrer Trennung von der Muttersache Eigentum des Verpfänders werden müssen, findet in den Quellen ihre Bestätigung. Sie bildet vor Allem die Grundlage folgender Entscheidung Papinians: l. 1, 2 D. 20, 1:

„Cum praedium pignori daretur, nominatim ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumptos bona fide emptor utili Serviana restituere non cogetur. Pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione domini separatur: quod in fructibus dissimile est, qui numquam debitoris fuerunt“.

Der Fall ist folgender: Ein mit seinen Früchten verpfändetes Grundstück ist durch Kauf von einem Nichteigentümer in die *bona fide possessio* eines Dritten gekommen und zwei Jahre — die alte Usucapionsfrist für den *fundus* — im Besitz desselben gewesen. Bei Fälligkeit seiner Forderung klagt der Gläubiger auf Herausgabe der Pfandsache mit ihren Früchten. Wieviel von den letzteren wird ihm zuerkannt? Der Jurist erklärt, für die verzehrten Früchte werde die Pfandklage nicht gewährt. Die noch vorhandenen Früchte dagegen, so wird man *argumento a contrario* ergänzen dürfen, muss der Beklagte herausgeben als *omnis causa* des eingeklagten Grundstücks, und im vorliegenden Fall, so fährt der Jurist fort, ist allerdings die Pfandklage zuzulassen, denn auch der Usucapionsbesitz hebt das Pfandrecht nicht auf, weil dasselbe jeden Eigen-

1) Gl. M. von Kries a. a. O. S. 19: Durch die Perception seitens des Usufructuars erlösche das mit d. Separation entstandene Pfandrecht.

tumswechsel überdauert. Dass die Früchte nur eventuell als *omnis causa* und nicht als *Objecte* einer selbständigen Pfandklage hier in Betracht kommen, wird am Schlusse aus dem Rechtssatz erklärt, dass Früchte, welche nie Eigentum des Schuldners gewesen, auch nicht verpfändet seien. Dies ist die Auslegung *Dernburg's*¹⁾, die ich für die richtige halte. Zum gleichen Zwecke, nämlich um das Eigentumserfordernis zu beweisen, hat die Stelle aber auch eine andere Auslegung erfahren, welche die verbreitetere ist. *Francke*²⁾, *Vangerow*³⁾, *Heimbach*⁴⁾ sind ihre Hauptvertreter. Der Klagegrund ist auch nach ihrer Meinung der oben angegebene. Sie weichen von *Dernburg* erst ab, wo die Entscheidung eine Ergänzung notwendig macht, denn ohne eine solche wäre die Bemerkung „*etenim nec usucapione pignus perimi placuit*“ nicht zu verstehen. Hier schieben sie nun einen von *Papinian* sich selbst gemachten Einwand ein: man könnte sagen, dass das Pfandrecht an den *fructus consumti* deshalb nicht aufgehoben sei, weil ein Eigentumswechsel das Pfandrecht nicht beeinflusse; und eben dies habe *Papinian* in den Worten *etenim-placuit* anerkannt. Er habe dann aber diese Anschauung als unzutreffend zurückgewiesen; denn weil die Früchte nie Eigentum des Schuldners gewesen, sei auch ein Pfandrecht an diesen, das aufgehoben werden könnte, nie entstanden. Mit Recht weist *Dernburg* diese Interpretation zurück, *Papinian* könne nicht aus *Perpetuität* des dinglichen Pfandanspruches folgern, dass selbst *Usucapion* ein Pfandrecht an einer untergegangenen Sache erhalten müsse. Denn das Pfandrecht erlischt, wenn das Pfandobject untergeht. —

Die Auffassung der l. 1, 2 D. cit. durch *Warnkönig*⁵⁾ ist bestimmt durch seine Grundanschauung, dass ausdrücklich verpfändete nur als selbständige Pfandobjecte und nicht aus-

1) Pfandr. I. S. 443.

2) a. a. O. S. 185.

3) Pandect. § 370.

4) a. a. O. S. 221.

5) Archiv f. civ. Prax. Bd. 22, S. 411 fg.

drücklich verpfändete Früchte nur, wenn vom Verpfänder selbst getrennt und nur officio judicis, dagegen nicht, wenn sie von einem Dritten separiert werden, restituirt werden müssen. Wie diese Meinung oben S. 25 fg. aus den Quellen zu widerlegen versucht ist, so ergibt sich ihre Unrichtigkeit aus Folgendem. Wie Dernburg so ergänzt auch Warnkönig „extantes restituere cogetur“ und legt nun, in Folge seiner Grundanschauung, dieser Restitutionspflicht folgenden Gedanken unter: die Früchte seien vom Verpfänder percipiert, ein dritter Nichteigenthümer habe sie dann an einen b. f. emtor veräußert. An den verzehrten Früchten könne freilich ein Pfandrecht nicht mehr bestehen, aber an den vorhandenen bestehe dasselbe trotz Usucapionsbesitzes fort, und darum müsse sie der Besitzer herausgeben. Mit Recht ist diese Erklärung von Windscheid¹⁾ zurückgewiesen. Es kann nicht angenommen werden, dass die Früchte erst vom Verpfänder percipiert und dann von einem Dritten bona fide erworben sind. Denn in solchem Falle wird der Besitzer die durch die Consumtion der fremden Sache ihm gewordene Bereicherung ersetzen müssen, wenn er mit Absicht oder aus Nachlässigkeit die Herausgabe der Früchte selbst unmöglich machte (l. 33, l. 36, 1 D. 6, 1). Dies anzunehmen, würde indessen mit der unzweideutigen Erklärung unserer Stelle, der b. f. emtor brauche die verzehrten Früchte überhaupt nicht herauszugeben, in directem Widerspruch stehen. Damit fällt auch Warnkönigs Behauptung, dass die von einem dritten Besitzer des verpfändeten Grundstücks gezogenen Früchte nie gefordert werden könnten.

Wir müssen vielmehr bei der ersten Auslegung der l. 1, 2 D. 20, 1 stehen bleiben und ihr als Bedingung für die Mitverhypotheциierung der Früchte den Eigentumserwerb des Verpfänders an denselben entnehmen. Sie findet in dieser Hinsicht eine weitere Bestätigung in l. 29, 1 D. 20, 1 (Paulus):

1) Windscheid in Linde's Zeitschr. IV. S. 115.

„Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. Quod tamen diximus, etiam adgnata teneri, sive specialiter de his convenerit sive non, ita procedit, si dominium eorum apud eum pervenit, qui obligavit, vel heredem eius. Ceterum si apud alium dominum peperint, non erunt obligata“.

Dieser Ausspruch handelt zwar nur von Sklavenkindern, nicht ausdrücklich von Früchten, allein anders als beim Nießbrauch und Fruchtwerb des b. f. possessor wird im Pfandrechte der *partus ancillae* den *fructus* gleich behandelt. Jedenfalls sind beide bis zum Moment ihrer Trennung *res quae nondum sunt* (l. 15 D. 20, 1), beginnen erst mit derselben ihre rechtliche Existenz. Da aber gerade aus diesem Grunde für den *partus ancillae* die l. 29, 1 zur Entstehung des Pfandrechts Eigentum des Verpfänders im Augenblick der Separation erfordert, so muss dasselbe auch für die Früchte gelten.

Die l. 29, 1 cit. hat eine doppelte Anfechtung erlitten. Einmal in Hinsicht der pfandrechtlichen Bestrickung der Sklavenkinder, für welche Dernburg und Huschke den Zeitpunkt der Conception maßgebend machen wollen; zum andern in Hinsicht der pfandrechtlichen Bestrickung auch der Früchte, für welche Göppert, wie schon erwähnt, als einzige Bedingung aufstellt, dass ihre Entwicklung noch beginnt, während die Hauptsache im Eigentum des Verpfänders steht. Beide, Dernburg und Göppert, stützen ihre Ansichten auf l. 18, 2 D. 13, 7 und l. 1 pr. D. 43, 33; jener entnimmt aus ihnen eine Sonderstellung der Sklavenkinder in Bezug auf unsere Frage, dieser überträgt die darin anscheinend enthaltene besondere Behandlung der Sklavenkinder auf alle Früchte. Nehmen wir mit Dernburg eine Sonderstellung der Sklavenkinder an, so entbehren wir der Beweiskraft der l. 29 cit. für unsere Ansicht; lehnen wir sie ab, und dazu muss eine richtige Erklärung der l. 18, 2 D. 13, 7 und der l. 1 pr. D. 43, 33 führen, so kann auch Göppert's Auslegung der l. 29 die klare

Fassung derselben nicht unserem Sinne entgegen umdeuteln. Die l. 18 cit. lautet: Paulus:

„Si fundus pignératus venierit, manere causam pignoris constitit, quia cum sua causa transeat, sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus sit“.

Zu dem sicut in partu ancillae hat die Glosse hinzugesetzt „pignoris causam manere dicimus“ und daraus hat man geschlossen, dass das beim Käufer geborene Kind einer verpfändeten Slavin verpfändet bleibe. Eine andere Ergänzung aber scheint mir die richtige ¹⁾. Es ist unberechtigt, meint Francke, dass man den Vergleich auf das in pignore esse beziehe, weil nur von einer verkauften, nicht von einer verpfändeten Slavin die Rede ist, und als verpfändet nur ein Grundstück, nicht seine pendenten Früchte, denen der partus ancillae hätte gegenübergestellt werden können, bezeichnet sind. Das tertium comparationis ist vielmehr das transire cum sua causa d. h. der Uebergang der onerà wie der commoda auf den Käufer. Der hiegegen von Dernburg ²⁾ und Göppert ³⁾ erhobene Vorwurf einer ungehörigen Vermischung zweier Bedeutungen des Wortes causa — Rechtsstellung auf der einen, Sacherweiterung auf der anderen Seite — scheint mir weniger zu bedeuten, als die bei ihrer Ergänzung hervortretende Undeutlichkeit der Angabe über pfandrechtliche Behandlung des partus; man könnte daraus entnehmen, dass auch das beim Käufer geborene und concipierte Kind in pignoris causa bleibe. Ergänzt man aber „sicut in partu ancillae qui post venditionem natus sit dicimus transire cum sua causa“, so haben wir keinen Grund, den partus anders zu beurteilen als die fructus.

Ebensowenig darf die l. 1 pr. D. 43, 33 (de Salv. Interd.) dazu veranlassen. Julianus entscheidet:

„Si colonus ancillam in fundum pignoris nomine induxerit

1) Vgl. Francke a. a. O. S. 174. Vangerow § 390.

2) a. a. O. S. 450.

3) a. a. O. S. 374 A. 6.

et eam vendiderit, quod apud emptorem ex ea natum est, eius apprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet“.

Dernburg erklärt, die Gewährung einer selbständigen Klage setze voraus, dass das Sklavenkind schon vor seiner Geburt vom Pfandrecht des Verpächters ergriffen sei, sonst könne es nicht einem Dritten abgestritten werden. Allein diese Voraussetzung ist keineswegs notwendig. Mit Francke (a. a. O.) scheint mir obige Entscheidung ihre Erklärung zu finden in der besonderen Natur des Salvianischen Interdicts. Während die actio Serviana für die Hypotheken, quae pignoris iure pro mercedibus fundi tenentur, gegeben ist, also nur anwendbar auf thatsächlich verpfändete Gegenstände als dingliche Pfandklage, geht das interdictum Salvianum als restitutorisches Interdict, mit dem Zwecke die Verschleppung der dem Verpächter verhafteten Invecten und Illaten zu verhindern, auf Herausgabe der verschleppten Gegenstände und Allem quod ex his rebus possidet (scil. Beklagter) vel dolo malo fecit quominus possideret. Wäre die Dernburg'sche Voraussetzung richtig, so erscheint es wunderbar, dass Paulus sie als den maassgebenden Moment gar nicht erwähnt¹⁾.

Beide Stellen enthalten keine directen Erklärungen über die Pfandbestrickung der Sklavenkinder, während die l. 29 mit klaren Worten darüber spricht. Schon deshalb dürfte der letzteren ein grösseres Gewicht beigelegt werden, selbst wenn man jenen Stellen eine andere Bedeutung zugestände. Die Verteidiger einer Sonderstellung der Sklavenkinder geben daher der l. 29 cit. eine andere Auslegung. Dernburg (S. 451) hält die Stelle für den Fall der Verpfändung einer Sklavenherde, für welche dann allerdings die besondere Regel aufgestellt sei, dass nur die in jene Gesamtheit aufgenommenen Sklaven, also nicht die nach der Verpfändung bei einem Dritten geborenen in den Pfandnexus einträten. Gegen diese

1) Vgl. gegen Dernburg auch v. Kries a. a. O. S. 28—31.

Auffassung möchte ich mich dem neuesten Ausleger dieser Stelle anschliessen, Czyhlarz¹⁾, sie sei deshalb nicht anzunehmen, weil sie nicht den Unterschied berücksichtige, ob die Heerde complet ist oder nicht; wenn sie complet sei, dann hafteten die verkauften Sklaven allerdings nicht; wenn nicht complet, dann müssten die partus immer haften.

Somit dürfen wir die l. 29 cit. als erhebliche Stütze für die Behauptung anführen, dass nur diejenigen Früchte mitverpfändet sind, welche bei ihrer Trennung in das Eigentum des Verpfänders fallen. Als solche sieht auch Göppert sie an und versucht sie so zu deuten, dass sie seiner Theorie nicht mehr widerspricht²⁾. Ausgehend von der Anschauung, dass pendente Früchte bereits in bonis debitoris seien und dieses zur sofortigen Wirksamkeit einer Verpfändung derselben genüge, stellt er die Behauptung auf, dass der Eigentümer eines Grundstücks dessen Erzeugnisse mit der Wirkung verpfänden könne, dass die gegenwärtig hängenden, sowie alle diejenigen, welche während der Dauer seines Eigentums ihre Entwicklung beginnen, im Augenblick der Separation in die Hypothek des Gläubigers fallen.

Wie bringt nun G. diese Theorie in Einklang mit der l. 29, 1 D. 20, 1? Er will dieselbe in zwei Entscheidungen zerlegt wissen; im Anschluss an das principium der l. 29 besage § 1 bis zum Wort „habenda“, dass bei Verpfändung eines künftigen Vermögens das von einer noch vom Verpfänder erworbenen Sklavin concipierte Kind mitverhaftet sei. Für die folgenden Worte construiert er den complicierten Fall, dass jemand eine fremde Sklavin verpfändet, deren Kinder nur in das Pfandrecht fallen könnten, wenn sie geboren seien, nachdem das Pfandrecht an der Mutter convalescierte. Sollten dagegen die Sklavinnen zwar nach der Verpfändung, aber noch apud alium dominum geboren haben und dann erst Eigentum

1) a. a. O. S. 419.

2) a. a. O. S. 381 fg.

des Verpfänders oder seines Erben werden, so trete zwar an ihnen selbst, aber nicht an ihrem partus das Pfandrecht in Kraft. Diese Auslegung ist bedenklich, denn ein solcher Wechsel der Voraussetzungen findet in der Stelle selbst nicht die geringste Andeutung ¹⁾. Selbst der naturalis ratio würde Göppert's Lehre widersprechen; denn ihre Consequenz würde sein, dass auch die fructus fructuum bestrickt blieben, und so könnte jemand seinen Realcredit auf ungezählte künftige Generationen ausdehnen.

III. Es ist schliesslich noch zu untersuchen, ob die Früchte den Pfandansprüchen des Gläubigers nur unterliegen, solange sie, der Willkür ihres Besitzers entsprechend, in natura vorhanden sind, oder ob der Gläubiger eventuell wegen Entziehung ihm verpfändeter Objecte einen besonderen pfandrechtlichen Anspruch gegen den Schuldner hat. Maassgebend ist in dieser Frage die l. 16, 3 D. 20, 1. Danach kann wegen der fructus consumti nur geklagt werden, wenn der Verpfänder oder der spätere Besitzer dolo desiit possidere. Nun ist aber gemäss der Natur und der wirtschaftlichen Bestimmung der Früchte die Rücksicht auf Verbrauch stärker als die auf Sicherung des Pfandgläubigers, welche Nichtverbrauch voraussetzen würde. Man darf daher mit Huschke ²⁾ annehmen, der Verpfänder habe die Früchte unter Vorbehalt des Verbrauchsrechtes verpfändet und der Gläubiger dieses Verbrauchsrecht dadurch, dass er das Grundstück im Besitz des Schuldners liess, anerkannt. Es wird also nur, wenn der Besitzer der verpfändeten Früchte durch übermässige Consumption die Rechte des Gläubigers schmälert, ein dolo desinere possidere vorliegen, in allen übrigen Fällen wird die actio hypothecaria nur auf noch vorhandene verpfändete Früchte als selbständige Pfandobjecte angestellt werden können.

1) Vgl. Hartman Krit. V. J. Schr. IV. S. 517. Czyhlarz a. a. O. Windscheid § 226 a A. 11.

2) Huschke in d. Zeitschr. f. Civilr. in Proc. 20, S. 275.

Die bisherigen Ausführungen ergeben den Umfang des dinglichen gegen jeden Dritten geltend zu machenden Fruchtanspruches des Pfandgläubigers. Daneben steht ihm kraft der arbiträren Natur der Pfandklage auch auf nicht dinglich verhaftete Früchte als die sogen. *causa rei* ein persönlicher Anspruch zu. Der Pfandgläubiger ist zur Sicherung seiner Forderung zunächst nur auf die ihm verpfändeten Objecte angewiesen. Es erscheint unbillig, ihm, wenn er aus dem Werte dieser vollständig befriedigt werden kann, auch einen Ertrag der Pfandobjecte zuzusprechen, der nicht mitverpfändet ist; darum ist ein persönlicher Anspruch des Pfandgläubigers auf nicht mitverpfändete Früchte nur subsidiär anzuerkennen¹⁾. Die Quellen enthalten nur eine Entscheidung über den Umfang der Fruchtleistung als Præstation der *causa rei* l. 16, 4 D. 20, 1 Marcianus:

„Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnnet; quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare nisi extent et res non sufficit“.

Als maassgebender Grundsatz ist anzusehen, dass dem Kläger im Urteil alles dasjenige zugesprochen werden muss, was er gehabt haben würde, wenn sein Anspruch sofort nach erhobener Klage erfüllt worden wäre (l. 20 D. 6, 1 — l. 35 l. 75 D. 50, 16). Danach ist der verklagte Besitzer der Pfandsachen zur Restitution aller derjenigen Früchte zu verpflichten, welche er gezogen hat oder zu ziehen versäumte, soweit sie vorhanden sind: in natura, soweit sie consumiert sind: in Gestalt des Wertes derselben. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der beklagte Besitzer der Verpfänder, ein nachstehender Pfandgläubiger, ein späterer Eigentümer oder ein blosser Besitzer, sei er *bonae* oder *malae fidei* possessor, ist.

1) Vgl. Windscheid § 235. Vangerow § 170. Dernburg, Pfandr. II. S. 318. Huschke, Zeitschr. S. 274.

Vor der Klageerhebung gezogene Früchte werden, soweit sie nicht ausdrücklich verpfändet worden sind, dem Pfandgläubiger mit Recht vorenthalten. Darum hat unsere Stelle erklärt: nur, soweit die Hauptsache zur Befriedigung nicht ausreicht, müssen vorhandene Früchte restituiert werden, consumierte dagegen nicht. Die Mehrzahl der Juristen sieht den Grund dieser Restitutionspflicht darin, dass die Pfandklage in Bezug auf ihren Inhalt der Eigentumsklage nachgebildet sei. Daher könne der spätere Eigentümer nie auf die vor der Klageerhebung gezogenen Früchte verurteilt werden. Francke (S. 189) giebt daher dem Pfandgläubiger gegen den dritten Besitzer einen Anspruch auf alle diejenigen Früchte, welche demselben mit der rei vindicatio vom Eigentümer abgestritten werden können, natürlich unter der Verpflichtung, einen etwaigen Ueberschuss dem Verpfänder herauszuzahlen. Da dieses der Beschränkung „si res non sufficit“ in l. 16 cit. widerspricht, so will Francke in derselben nur den Fall erkennen, in dem der Verpfänder Beklagter ist und eben seines Anspruches auf die hyperocha wegen nur zur Einzahlung des Fehlbetrages verurteilt werden dürfe. Die Entscheidung findet nach ihm gleiche Anwendung, wenn Beklagter ein nachstehender Pfandgläubiger ist, weil auch er einen Anspruch auf die hyperocha hat. Consequent erscheint, dass der malae fidei possessor mehr Früchte zu erstatten hat als der bonae fidei possessor, nämlich auch für consumti und percipiendi fructus eintreten muss. Gleichwohl stellt Vangerow den m. f. possessor dem b. f. possessor gleich, beide brauchten nur vorhandene Früchte und auch diese nur bis zur Höhe der Schuld zu erstatten; ein Unterschied sei nicht zu machen, weil Marcian in der l. 16, 4 ihn nicht aufstelle.

Allein eben jene Nichtunterscheidung der einzelnen Besitzverhältnisse hat Dernburg auf einen anderen annehmbareren Grund für die Pflicht zur Restitution von fructus antelitem contestatam percepti gebracht. Er sieht ihn darin, dass

unter Umständen eine ungerechtfertigte Fruchtbereicherung der Besitzer des Pfandgrundstücks vorliegt, nämlich in der Zeit zwischen der Klageerhebung und dem Termin, zu welchem der Schuldner hätte zahlen sollen. Auf die während dieser Zwischenzeit gezogenen Früchte ist daher die Restitution von *fructus ante litem contestatam percepti* zu beschränken. Jedem Besitzer des Pfandgrundstücks kann der Pfandgläubiger entgegenhalten, dass er nur durch seine Nachsicht, durch seine spätere Klageanstellung bereichert sei.

Eine ganz andere Auslegung hat die l. 16 durch Göppert¹⁾ erfahren. Allerdings seien *fructus post litem contestatam percepti* zu restituieren, da sie mit Unrecht vor-enthalten würden, aber nur deshalb mit Unrecht, weil der Gläubiger ein Pfandrecht an den Früchten habe. Die in der l. 16 cit. weiter erwähnte Restitution von *fructus ante litem contestatam percepti* sei ebenfalls nur Folge eines Pfandrechts an den Früchten. Dass die Stelle sich auf Früchte beziehe, welche nur in Verbindung mit der hypothekarischen Klage einklagbar sind, will G. deshalb nicht zugeben, weil eine derartige Verbindung, die bei der *rei vindicatio* erst in späterer Zeit eingetreten, bei der *actio hypothecaria* nicht schon vorher bestanden haben könne. Somit müsse man, da auch die Basiliken (25,2,16) den Schlusssatz nicht wiedergäben, in demselben statt *‘nisi’* *‘etsi’* lesen und würde dann in der l. 16,4 cit. einen Beweis für den Uebergang des Pfandrechts auf die Früchte ohne Unterschied in der Person des Beklagten haben. Diese Conjectur und Auslegung hat aber so wenig Anerkennung gefunden, dass Hartmann²⁾ sogar Zweifel an der Richtigkeit der ganzen Voraussetzung Göppert's erhebt. Schon der Ausdruck *‘arbitrari’* und das *‘etiam’* weisen darauf hin, dass Marcian nicht von verpfändeten, sondern von solchen Früchten handelt, welche bei

1) A. a. O. S. 394 sq.

2) A. a. O. S. 508.

Gelegenheit (etiam) der Klage auf die Hauptsache in Betracht kommen. Göppert's Auslegung setzt die von uns schon zurückgewiesene Ansicht voraus, dass der Pfandgläubiger an den Früchten, welche die Pfandsache in seinem Besitz abwirft, kein Eigentum erwirbt, er also durch deren Vorenthaltung kein Unrecht erleidet. Denn nur so bleibt ihm der Schluss, dass der Pfandgläubiger an den Früchten ohne Unterschied des Beklagten ein Pfandrecht haben könne.

Wir müssen vielmehr die Göppert'sche Anschauung über die pfandrechtliche Behandlung der Früchte einer verhypothecierten Sache auf allen Punkten zurückweisen.

Es ergibt sich also, wenn uns gestattet ist, das Ergebnis unserer bisherigen Untersuchung kurz zusammenzufassen, für die Früchte eines verhypothecierten Grundstücks nach gemeinem Rechte das folgende Resultat. Als mitverpfändet und deshalb mit einer selbständigen Pfandklage verfolgbar sind die künftigen Früchte anzusehen, wenn ihre Pfandhaftung nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. In beiden Fällen: der stillschweigenden wie der ausdrücklichen Verpfändung wird das Pfandrecht existent erst dann, wenn die Früchte bei ihrer Separation in das Eigentum des Verpfänders fallen. Ausserdem ist dem Pfandgläubiger bei Gelegenheit der Pfandklage auf das Grundstück ein arbiträrer Anspruch auf nicht dinglich haftende Früchte zuzuerkennen: von den vor der Klageerhebung entstandenen, soweit sie noch vorhanden sind und das Grundstück zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht, von den nach derselben gezogenen ebenfalls subsidiär auf *consumti und percipiendi fructus*.

§ 6. Pfandrechtliche Haftung der getrennten Früchte nach neuerem Particularrecht.

Zu ganz anderen Resultaten führen die pfandrechtlichen Grundsätze des modernen Rechtes.

An den durch die Trennung zu selbstständigen Rechts-

objecten werdenden Früchten kann nach den meisten neueren Pfandrechten, wie schon oben ausgeführt, als an beweglichen Sachen ein selbständiges Pfandrecht mit dauernder dinglicher Wirkung nur unter Vergabung zu Faustpfand bestellt werden. Darum ist die im gemeinen Recht bei Verhypotheccierung eines Grundstücks anzunehmende stillschweigende Verhypotheccierung der künftigen Früchte nicht mehr möglich. Auch die Grundsätze des gemeinen Rechts über die Berücksichtigung der Früchte bei der Condemnation infolge der hypothekarischen Klage können auf die moderne Hypothekenklage nicht angewendet werden, weil die Herausgabe des Grundstücks, folglich auch die Herausgabe von Früchten als Nebenleistung mit dieser Klage nicht gefordert werden kann.¹⁾

Bestandteile im Rechtssinne sind die Früchte des Grundstücks nach ihrer Trennung nicht, darum würden dieselben an sich nach modernem Recht einem hypothekarischen Anspruch nicht unterliegen. Aber dieselbe Rücksicht, welche für die Existenz eines Pfandrechts am Grundstück die Eintragung im Grundbuch erforderte, hätte an Wirkung verloren, wenn sie zwar die Erhaltung des Pfandrechts durch jene Bestimmung sicherte, dasselbe aber in seinem Umfange gegen das frühere Recht geschmälert hätte. Darum musste dasselbe Princip, die Förderung des Realcredits, dazu führen, alles der hypothekarischen Haftung des Grundstücks zu unterwerfen, was zum wirtschaftlichen Bestande desselben gehört. Man setzte daher hier der rechtlichen Einheit und den rechtlichen Bestandteilen die wirtschaftliche Einheit und die wirtschaftlichen Bestandteile gleich. Wie für jene eine besondere Verpfändung nicht nötig, so auch für diese nicht, wie für jene aus wirtschaftlichen Gründen Ausnahmen bestehen, so für diese. Gesetzlich hat das moderne Particularrecht festgestellt, welche Früchte zu jenen wirtschaftlichen Bestandteilen gehören, und die Haftung derselben genau geregelt.

1) Vgl. Meibom, Mecklenb. Pfandr. S. 192.

Sedes materiae sind namentlich das preussische Landrecht in I. 20 §§ 475, 476, die preussischen Gesetze über den Eigentumserwerb etc. der Grundstücke d. d. 5. V. 1872 und betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen d. d. 13. VII. 1883, das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch in § 473 fg., das bayrische Hypothekengesetz d. d. 1. VI. 1822 § 33, das württembergische Pfandgesetz d. d. 15. IV. 1825 art. 49, 50, das Hamburger Gesetz über Grundeigentum und Hypotheken d. d. 4. XII. 1868, und das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch § 457. Endlich ist zu berücksichtigen der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Die Bestimmungen der Hypothekengesetze über den Umfang der Pfandleistung kommen zur Anwendung, wenn nicht die den Pfandcontract schliessenden Parteien Abweichendes vereinbaren. Es ist diesen Bestimmungen nirgends zwingende Kraft ausdrücklich beigelegt — und in modernen Gesetzen z. B. H. G. B. art. 423 pflegt eine derartige Wirkung ausdrücklich angegeben zu werden — noch ist dieselbe aus der Natur der zu regelnden Verhältnisse zu entnehmen. Die Fixierung ist durch das Gesetz erfolgt nur zum Schutze berechtigter Interessen beider Contrahenten gegen die mangels näherer Bestimmung aus der Beschränkung des Pfandrechts an Immobilien folgenden Consequenzen. Der Staat hat kein Interesse daran, zu verhindern, dass im Einzelnen die Parteien sich über einen geringeren Umfang der Haftung einen. Ueber den gesetzlich bezeichneten Umfang hinaus lässt sich eine hypothekarische Haftung von Früchten nicht ausdehnen, weil das Gesetz die hypothekarische Haftung von Mobilien nur unter gewissen Umständen möglich macht, darüber hinaus nur Faustverpfändung Pfandrecht begründet. Da aber dritten Cessionaren des Hypothekengläubigers die Beschränkung nur entgegengestellt werden kann, wenn sie denselben bei Uebernahme der Hypothek bekannt war, so wird in der Regel zur

Vermeidung der jedesmaligen besonderen Mitteilung der einschränkende Vertrag im Grund- bzw. Hypothekenbuche eingetragen.¹⁾ Dass trotz Nichterwähnung im Entwurfe eines B. G. B. ein solcher Vertrag zulässig sein muss, führt Meibom im Archiv für civil. Praxis Bd. 74 S. 377 aus. Ob auch eine Beschränkung derart zulässig ist oder im künftigen Bürgerlichen Gesetzbuche zuzulassen ist, dass sich der Gläubiger nur aus den Früchten, natürlichen wie bürgerlichen, befriedigen dürfe, kurz bezeichnet: die Frage nach der sogen. Revenuenhypothek ist hier nicht zu erörtern, da sie nur die Art der Befriedigung modificiert, nicht den Umfang der Haftung der Früchte verändert.

Die modernen Gesetze bestimmen nun, welche Früchte in Ermangelung beschränkender Abreden mit dem Grundstück als dessen Nebensachen vom Gläubiger in Anspruch genommen werden können. Da sich der Anspruch desselben durch eine gerichtliche Maasregel gegen das Grundstück realisiert, so bestimmt sich sein Umfang nach dem Moment der Verfügung einer solchen. Ist die Forderung fällig, so klagt der Gläubiger gegen den Hypothekenschuldner auf Anerkennung der Hypothek und kann dann auf Grund eines obsiegenden vollstreckbaren Urteils die gerichtliche Zwangsvollstreckung in das verhypothecierte Grundstück erwirken. Dieselbe besteht nach den meisten Gesetzen in Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung. Aber schon vor Fälligkeit der Forderung kann der Gläubiger gemäss §§ 824, 796 C. P. O. einen Arrest auf die Früchte des Grundstücks legen lassen (vgl. d. preuss. Ges. d. d. 13. VII. 1883, § 206). An diese verschiedenen Maasregeln knüpft sich dann die verschiedenartige Haftung der Früchte des Grundstücks.

Vorab ist zu bemerken, dass einzelne Gesetze, wie das bayrische, sächsische und württembergische mit der Trennung

1) Vgl. das Hamb. Ges. v. 12. VII. 1880 zu § 19 des Ges. v. 4. XII. 1868.

der natürlichen Früchte vom Boden die Haftung aufhören lassen, entsprechend dem Grundsatz, dass getrennte Früchte selbständige Sachen sind, und ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nur als Faustpfandrecht möglich ist; nur wenn vor der Trennung der Anspruch des Pfandgläubigers durch eine gerichtliche Beschlagnahme (C. P. O. § 714) bereits geltend gemacht ist, kann auch die Abtrennung die Haftung nicht beseitigen. Alle Früchte, welche im Augenblick der Beschlagnahme noch nicht abgesondert sind, müssen der Befriedigung des Hypothekengläubigers dienen. Nur der ältere Nutzungsberechtigte kann gegen die Beschlagnahme mit Erfolg protestieren; wo dies auch die modernen Rechte nicht ausdrücklich festsetzen, wird doch die Sicherung eines einmal eingeräumten dinglichen Nutzungsrechtes dazu führen, dem früher berechtigten Nutzniesser gegen den späteren Pfandgläubiger einen Anspruch auf Entlassung der getrennten Früchte aus der vor der Trennung verhängten Beschlagnahme zuzuerkennen. Der Anspruch eines späteren Niesbrauchers dagegen steht natürlich hinter dem des älteren Hypothekengläubigers zurück, sein Fruchtrecht cessiert also von der Zeit der Beschlagnahme bis zur Befriedigung des Hypothekariers.

Die meisten neueren Rechte, von denen wir nur das maasgebendste und weitest geltende, das preussische, genau berücksichtigen können, haben den Kreis der mithaftenden Früchte erweitert. Danach unterliegen der Zwangsvollstreckung zu Gunsten des Hypothekengläubigers alle diejenigen Früchte, welche im Moment einer Vollstreckungsmaasregel auf dem Grundstück vorhanden sind und dem Eigentümer desselben gehören. Es muss also vor Allem die Bedingung erfüllt sein, dass die getrennten Früchte dem derzeitigen Eigentümer des Grundstücks gehören. Gegen das Gemeine Recht ist dies eine Erweiterung insofern, als nach dessen Grundsätzen nur die in das Eigentum des Verpfänders oder seines Universal-successors fallenden Früchte vom Pfandrecht ergriffen werden

konnten; andererseits blieben sie im Pfandnexus auch bei einem dritten Erwerber, wenn nur im Moment der Trennung vom Boden der Verpfänder sie zu eigen erworben hatte. Dieser Fortdauer steht im modernen Recht eben die Unzulässigkeit einer Mobiliarhypothek entgegen.

Die Einbeziehung auch der einem späteren Eigentümer des Grundstücks zufallenden Früchte ist erforderlich im Interesse des Gläubigers, und sie ist möglich, soweit die getrennten Früchte sich als wirtschaftliche Bestandteile des Grundstücks behandeln lassen, also solange sie auf dem Grundstück vorhanden sind. Es haften demnach einestheils nicht die auf dem Grundstück zwar vorhandenen aber nicht dem Grundeigentümer gehörigen Früchte. Ist also ein dingliches Nutzungsrecht bestellt, das dem Pfandrechte vorgeht — § 36 des preuss. E. E. G. und A. L. R. I. 20: 447, I. 21: 72, 73 — so erwirbt der Berechtigte schon mit der Trennung das Eigentum an den Früchten; die Früchte können nie dem Grundeigentümer gehören, daher auch der Hypothek nicht unterliegen. Ein Unterschied vom Gemeinen Recht liegt hierin nicht, wenngleich der Niesbraucher nach Gemeinem Recht erst indirect vom Grundeigentümer erwirbt, aber auch das Gemeine Recht erkannte an, dass ein einmal begründetes dingliches Recht nicht durch ein späteres aufgehoben werden könne, und gab darum in diesem Fall dem Hypothekengläubiger keinen Anspruch auf die Früchte.

Anders gestaltet sich der Anspruch auf die Früchte eines verpachteten Grundstückes. Nach Gemeinem Recht muss der Pächter die Früchte durch Perception vom Verpfänder erwerben und erwirbt sie darum cum suo onere, nach preussischem Recht hat er, wie oben ausgeführt (Seite 16), ein dingliches Recht, kraft dessen er die Früchte nicht erst mit der Trennung, sondern schon mit der Entstehung zu eigen erwirbt. Aber das dingliche Recht des Pächters ist an die Inhabung des Grundstücks gebunden. Ist dieses beim Ver-

pächter verblieben, so werden die Früchte erst durch Besitzergreifung Eigentum des Pächters und unterliegen bis dahin der hypothekarischen Haftung des Grundstücks. In dieser Weise hat auch der Entwurf eines B.G.B. für d. deutsche R.¹⁾ das Fruchtrecht des Pächters und das des Hypothekars geregelt. Auf der anderen Seite haften diejenigen Früchte nicht, welche im Moment der Zwangsvollstreckung in das Grundstück auf diesem nicht mehr vorhanden oder veräußert sind. Ob die Entfernung durch den Grundeigentümer oder durch einen Dritten, ob sie freiwillig oder in Folge gerichtlichen notwendigen Verkaufes geschah, ist gleichgültig²⁾. Einer Veräußerung steht aber die bloße Bestellung eines Faustpfandes nicht gleich; in einem solchen Falle muss vielmehr die Uebergabe an den Faustpfandgläubiger stattgefunden haben, damit die Früchte von der Hypothek frei werden³⁾.

Die Nichthaftung der nur veräußerten aber noch auf dem Grundstück vorhandenen Früchte lässt sich indessen doch nicht auf alle Früchte anwenden. Das preussische Recht macht einen Unterschied zwischen Früchten, welche Zubehör des Grundstücks werden, und denjenigen, bei welchen dies nicht der Fall ist. Im Allgemeinen lässt das E.E.G. die Früchte bereits mit ihrer Veräußerung, auch wenn sie sich noch auf dem Grundstück befinden, aus der Pfandhaftung austreten, oder dann, wenn sie vom Grundstück fortgeschafft sind auch ohne dass der Grundeigentümer das Eigentum an ihnen aufgibt. Wenn aber die Früchte zur Bewirtschaftung des Grundstücks oder zur Bewirkung der nächsten Ernte auf dem Gute verbleiben müssen, so erwerben sie die Eigenschaft eines rechtlichen Zubehörs und müssen wie die beweglichen Zubehörstücke nicht nur veräußert oder vom Grundstück entfernt, sondern

1) Vgl. Entwurf § 901 Abs. 1 und Motive III. S. 368.

2) Vgl. Striethorst, Archiv d. Entscheid. des Preuss. Obertrib. Bd. 80, S. 132.

3) Förster-Eccius, Preuss. Privatr. § 199.

veräußert und entfernt sein, um dem hypothekarischen Anspruch entzogen zu werden. Diese Verschärfung wird in den Motiven zum E.E.G. (Werner II. S. 31) damit gerechtfertigt, dass die Möglichkeit einer schnellen Execution in das bewegliche Zubehör oft die Subhastation des Grundstücks abwenden kann, die, wenn der Hypothekarier jenes Zubehör nicht angreifen darf, immer auch bei geringfügigen Zinsrückstandsforderungen beantragt werden müsste. Das bayrische (§ 35 des Hyp. Ges.) und sächsische Recht (§ 413 des B.G.B.) lassen jedoch auch für bewegliche Zubehörstücke mit der Veräußerung die Haftung aufhören, während auf der anderen Seite das württembergische Pfandrecht (Art. 3. 51. 190) bewegliche wie unbewegliche Zubehörungen der Hypothek überhaupt nur unterwirft, wenn sie „besonders und ausdrücklich“ mitverpfändet sind.

Nach preussischem Recht hat somit der Eigentümer eines verhypothecierten Grundstücks das Recht, die getrennten Früchte zu veräußern und zu entfernen und dadurch dem Zugriff des Hypothekariers zu entziehen. Sobald aber der Gläubiger seinen Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück und den mithaftenden Gegenständen durch Herbeiführung der gerichtlichen Zwangsvollstreckung in das Grundstück oder allein in die Früchte geltend macht, hört das Recht des Grundeigentümers zu freier Verfügung über die Früchte auf.

Hat der Gläubiger bei Fälligkeit seiner Forderung gegen den Hypothekenschuldner auf Anerkennung seines Vollstreckungsanspruches mit Erfolg geklagt, so kann er nach eingetretener Rechtskraft des Urteils auf Grund desselben zu seiner Befriedigung entweder Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung beantragen. Hat er die Zwangsverwaltung gewählt, so erstreckt sich die in den Anordnungsbeschluss des Gerichts aufzunehmende Beschlagnahmeerklärung auf alle, die abgesonderten wie die zu gewinnenden Früchte (vgl. preuss. Gesetz vom 13. VIII. 1883: § 139, 140¹). Wird dagegen das Zwangsversteigerungsverfahren eingeleitet, so ergreift die in den Ein-

leitungsbeschluss aufzunehmende Beschlagnahmeerklärung nur die pendenten Früchte und von den getrennten bloß diejenigen, welche als bewegliches Zubehör des Grundstücks anzusehen sind (§ 16 des gen. Ges.). Die übrigen auf dem Grundstück noch vorhandenen dem Eigentümer desselben gehörigen Früchte müssen in diesem Fall als selbständige bewegliche Sachen nach den diesbezüglichen Vorschriften der Civilprocessordnung gepfändet werden, damit der Hypothekarier aus denselben befriedigt werden kann.

Nach den gleichen Vorschriften richtet sich die bloße Beschlagnahme, welche der Gläubiger schon vor Fälligkeit seiner Forderung im Falle besonderer Gefährdung künftiger Befriedigung herbeiführen kann; dieselbe ergreift ebenfalls die stehenden und hängenden wie die gerade vorhandenen dem Eigentümer gehörenden Früchte. In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn der Gläubiger sich allein aus den Früchten befriedigen will oder muss; sei es dass eine Revenüenhypothek realisiert werden soll, sei es dass der Gläubiger, um schneller befriedigt zu werden, z. B. bei einer Zinsrückstandsforderung, die selbständige Execution in die Früchte beantragt.

Mit der Beschlagnahme erlischt für die von derselben betroffenen Früchte die befreiende Wirkung der Veräußerung und Entfernung vom Grundstücke. Die nach der Beschlagnahme veräußerten und entfernten Früchte kann der Gläubiger von jedem dritten Besitzer einklagen, derselbe habe denn mit Erfolg Widerspruch gegen die Beschlagnahme eingelegt. Ein solcher Widerspruch hat aber nur unter bestimmten Voraussetzungen Erfolg. Gegen die bei Erlass der Zwangsversteigerung erfolgte Beschlagnahme kann nämlich ein gutgläubiger Erwerber der Früchte nur dann mit Erfolg protestieren, wenn er nachweist, dass ihm zur Zeit der Erwerbung die Beschlagnahme oder der Versteigerungsantrag nicht bekannt waren, wobei die etwa erfolgte Eintragung des Versteigerungsantrages in das Grundbuch den Nachweis der

Unkenntnis ausschliesst (§ 17¹ und § 18 des preuss. Ges. v. 13. VII. 83).

Somit hängt der Anspruch des Hypothekengläubigers auf Früchte von dem Moment der Beschlagnahme ab. Eine Ausnahme hat das preussische Gesetz aber zu Gunsten des Gläubigers im § 31 des Eigentumserwerbsgesetzes aufgestellt. Während im Allgemeinen von den nicht zum Zubehör zu rechnenden Früchten die in diesem Moment nicht mehr vorhandenen oder zwar vorhandenen aber schon veräusserten Früchte der Pfandhaftung entzogen sind, wird der Veräusserung diese Wirkung abgesprochen in dem Falle, wenn Früchte während ihrer Pendenz veräussert sind und diese Veräusserung dem Gläubiger nachteilig ist. Diese Bestimmung wird freilich in verschiedener Weise ausgelegt. Die herrschende Meinung¹⁾ versteht darunter, „dass der Gläubiger sein dingliches Recht auf die Früchte, welche als stehende und hängende veräussert waren, auch dann noch verfolgen kann, wenn sie auf Grund des Veräusserungsvertrages von dem Erwerber abgesondert bzw. vom Grundstück weggeschafft waren, ohne dass zuvor eine Beschlagnahme erfolgt ist, vorausgesetzt, dass ihm die Veräusserung nachteilig ist“. Denn es erwachse dem Erwerber dadurch kein Rechtstitel, dass er die Früchte auf Grund eines dem Gläubiger gegenüber unwirksamen Rechtstitels abgesondert und wegschafft. Anderer Meinung ist Förster-Eccius²⁾, welcher ausführt, die Veräusserung sei nur insofern unwirksam, als der Gläubiger, der, solange der Act ihm gegenüber unwirksam ist die Beschlagnahme des Grundstücks oder des betreffenden Bestandtheiles der Immobiliarmasse erwirke, mit derselben durchdringe. Mir scheint die letztere Meinung das Richtige zu treffen. An sich liegt kein Grund

1) Vgl. R. G. Entsch. V. S. 297. Striethorst, Archiv Bd. 99, S. 207. Turnau I. S. 698. Heidenfeld in Gruchot's Beiträgen Bd. 26, S. 502.

2) Preuss. Priv. III. S. 535.

vor, bei den Früchten, welche stehend oder hängend veräußert sind, die Wirkung der Wegschaffung auszuschliessen, wo diese doch anerkannt wird, auch wenn sie ohne jegliche oder auf Grund späterer Veräußerung entfernt werden. Wohl aber verdient der Hypothekengläubiger dagegen Schutz, dass ihm bei Geltendmachung seines Anspruches gegen die Beschlagnahme der vorhandenen Früchte eingewendet werde, die Früchte seien veräußert. Damit ihm so nicht alle Früchte entgehen, was anderenfalls sehr leicht geschähe, hat das Gesetz bestimmt, die Beschlagnahme ergreife vorhandene Früchte trotzdem sie veräußert sind, wenn die Veräußerung dem Gläubiger nachteilig ist¹⁾.

Diese Bestimmungen des preussischen Rechtes sind im Wesentlichen in den Entwurf eines B.G.B. aufgenommen (§ 1067. 1068). Zwei Abweichungen sind aber bemerkenswert. Einmal die, dass der redliche Besitzer des Grundstücks dem Eigentümer insofern gleichgestellt wird, als die ihm gehörigen Früchte wie die dem Eigentümer gehörenden behandelt werden. Diese Bestimmung ist im Interesse des Realcredits gewiss gerechtfertigt (Motive III. 656), wenngleich es nicht selten vorkommt, dass der die Hypothek nicht kennende redliche Besitzer dadurch mehr geschädigt wird, als im entgegengesetzten Fall der Hypothekengläubiger, insofern er von seinem Rechte, die Früchte durch Entfernung vom Grundstück aus der Pfandhaft befreien zu können, zu seinen Ungunsten und zu Gunsten des Gläubigers nicht den weiten Gebrauch machen wird, den der Eigentümer des Grundstücks macht, der die Beschränkung seines Nutzungsrechts kennt. Die zweite Abweichung ist die, dass zur Entziehung aus der Pfandhaft für alle Früchte, auch die zum beweglichen Zubehör gehörenden, die Entfernung vom Grundstück gefordert wird. Im Gegensatz zum preussischen Recht stellt diese Vor-

1) Vgl. noch Striethorst Bd. 50, S. 323. Bahlmann, Preussisches Grundbuchrecht S. 130.

schrift eine Beschränkung für die nicht Zubehör bildenden Früchte, eine Erleichterung für die zu diesem gehörenden dar. Es liegt darin jedenfalls insofern eine Verbesserung, als sie manche der nach bisherigem Recht so häufigen Streitfragen, wie z. B. die vorhin Seite 46 fg. erörterte, durch die Gleichstellung aller Früchte ausschliesst. Auch ist gegen einen daraus hinsichtlich der Zubehörstücke etwa erwachsenden Nachteil durch die §§ 1073. 1074 Abhülfe getroffen. Es kann aber infolge dieser Bestimmung und des vom Entwurf aus dem H.G.B. artt. 305. 306 übernommenen und auf alle beweglichen Sachen angewendeten Grundsatzes, dass mit Erlangung des Eigentumes durch den Erwerber alle sonstigen an der Sache bisher begründeten Rechte, wenn sie dem Erwerber beim Erwerbe nicht bekannt sein müssten, erlöschen — eine Collision der Rechte des Hypothekengläubigers und eines dritten Erwerbers der abgesonderten Früchte entstehen in dem Falle, wenn zwar die Erfordernisse des Eigentumsüberganges erfüllt sind, aber zwischen Veräusserung und Entfernung der veräusserten Früchte die Beschlagnahme stattgefunden hat. Für diesen Fall bestimmt der Entwurf in § 1068 Abs. 2, dass jener Grundsatz (§ 878) keine Anwendung finden solle, denn die Eintragung der Hypothek in das Grundbuch schliesst jede rechtliche Geltendmachung einer Unkenntnis derselben aus. Also das Pfandrecht an den Früchten erlischt nicht mit der blossen Veräusserung der Früchte. Nur diese negative Wirkung setzt der Entwurf fest (Motive III. S. 662), die positive Regelung, wie das dingliche Recht des neuen Eigentümers mit dem nicht erloschenen Pfandrecht des Hypothekariers zu vereinen sei, soll der Wissenschaft überlassen bleiben. M. E. kann das dingliche Recht des Hypothekariers, das ausdrücklich erst durch die Entfernung erlöschen soll, bis dahin eine Beschränkung nicht erfahren. Vielmehr ist das Eigentum des dritten Erwerbers als ein durch das Pfandrecht beschränktes anzusehen, das erst unbeschränkt wird,

wenn die Früchte vom Grundstück entfernt sind; werden sie vorher vom Hypothekengläubiger beschlagnahmt, so muss sein dingliches Recht hinter dem Rechte jenes Gläubigers zurückstehen. Der „Dritte“ gehört vielmehr zu denjenigen, welche nach § 880 in Folge des nicht pfandfreien Erwerbes einen Verlust erleiden, und daher von ihrem Veräusserer Herausgabe der durch die Veräusserung erlangten Bereicherung fordern können.

Was für die natürlichen Früchte gilt, kommt analog zur Anwendung bei den bürgerlichen Früchten eines Immobile, den „Miet- und Pachtzinsen und sonstigen Hebungen“ (preuss. E.E.G. § 30, 5, Hamburger Ges. 4. XII. 68: § 31, Entwurf § 1067, 4). Der Absonderung der natürlichen entspricht die Fälligkeit der bürgerlichen Früchte. Pendent sind diese nur, solange sie nicht fällig sind. Wo daher das Hypothekenrecht natürliche Früchte nur bis zu ihrer Absonderung ergreift, wie in Sachsen, Würtemberg und Oesterreich, unterliegen von den bürgerlichen Früchten auch nur die künftigen dem Zugriff des Hypothekengläubigers. Das preussische Recht lässt aber nicht nur diese haften, sondern auch die fälligen, solange nicht der Eigentümer des Pfandgrundstücks über dieselben verfügt hat, sei es durch Abtretung, sei es durch Verpfändung, oder durch Einziehung seiner Forderung. Sind sie eingezogen, so ist das Hypothekenrecht erloschen, auch wenn der Zinsbetrag etc. noch in natura und vom übrigen Vermögen unterscheidbar vorhanden ist, denn Gegenstand des Hypothekenrechts sind nicht die Beträge, sondern die Forderungen¹⁾. Wie bei den abgesonderten natürlichen Früchten das hierin liegende Verfügungsrecht des Grundeigentümers nur durch Beschlagnahme beendet wird, ebenso bei den bürgerlichen. Die Beschlagnahme erfolgt nach preuss. Recht durch die Einleitung des Zwangsverwaltungsverfahrens (Ges. v. 13. VII. 1883 § 16, 140)

1) Vgl. Heidenfeld b. Gruchot Beitr. Bd. 26, S. 500 fg.

oder, wenn dieses noch nicht eingeleitet ist, durch besondere Pfändung der Forderung, sei es in Ausführung eines Arrestbefehles oder der Mobiliarzwangsvollstreckung in die Forderung. Es ist ferner analog der bei stehenden und hängenden natürlichen Früchten geltenden Bestimmung die erlöschende Wirkung der vor der Beschlagnahme erfolgten Veräusserung, der hier noch die Verpfändung und Vorauserhebung gleichgestellt wird, von Miet- und Pachtzinsen in dem einen Fall beschränkt, dass der Hypothekengläubiger durch eine dieser Verfügungen des Grundeigentümers benachteiligt wird. Die Beschränkung betrifft diejenigen künftigen Miet- und Pachtzinsen, welche nach Ablauf des bei der Beschlagnahme laufenden Vierteljahres fällig werden. Dies entspricht der Bestimmung des A.L.R. I. 20, 475—480, denen der § 31 des E.E.G. nachgebildet ist, und der von der preussischen Praxis (Striethorst, Arch. 14, 127—186, 269) vertretenen Auffassung. Vgl. auch das Hamburger Gesetz d. d. 11. X. 1878 (betr. Abänderung des Ges. v. 4. XII. 1868) § 3 Abs. 3. Dem eingetragenen Gläubiger steht demnach die Einklagung des gesetzwidrig vorauserhobenen Zinses vom Mieter und Pächter zu, denn die Gläubiger können das ihnen zustehende Pfandrecht gegen jeden Dritten geltend machen.

Diesen preussischen Bestimmungen begegnen wir auch im Entwurfe. Die Frist, bis zu deren Ablauf fällige Zinsen vom Grundeigentümer im Voraus abgetreten, eingezogen oder mit einem dem bestehenden Hypothekenrecht im Range vorgehenden Pfandrechte belastet werden können, ist genau bestimmt auf die ersten drei Monate nach der zu Gunsten des Hypothekengläubigers erfolgten Beschlagnahme, was eine Erweiterung der dem Eigentümer zustehenden Befugnis enthält. Das Interesse des Hypothekariers ist, nach den Motiven (III. S. 664), genügend durch die Haftung der dann fälligen Zinsen gewahrt. Es erscheint jene Erweiterung um so gerechtfertigter, als der Gläubiger in den Zinsen oft eine grössere Sicherheit

haben wird, als er gehabt haben würde, wenn Schuldner nicht verpachtet oder vermietet hätte, weil der Pacht- resp. Mietzins nicht nur das Aequivalent für die Fruchtnutzung enthält, sondern auch den Wert repräsentiert, den die Inhabung an sich z. B. das blosse Bewohnen hat, also einen Wert, auf den des Hypothekengläubigers Anspruch im andern Fall sich nicht erstreckt. Der Entwurf hat den Eigentümer noch durch eine weitere Bestimmung gegen eine aus der Rückständigkeit der Miet- und Pachtzinsen folgende Benachteiligung geschützt. Es soll (§ 1069 Abs. 3) nämlich die Haftung einer solchen Forderung für die Hypothekengläubiger aufhören, wenn seit der Fälligkeit ein Jahr verstrichen und bis dahin eine Beschlagnahme nicht erfolgt ist.

§ 7. Anhang: Antichrese.

Wie wir oben gesehen, hat das particulare deutsche Recht das Pfandrecht an Immobilien, das in Ansehung des Umfanges der Haftung des Grundstücks unter Beschränkung auf die Hypothek zunächst wesentlich gemindert war (Württemberg, Bayern, Sachsen, Oesterreich), in den neueren Rechten, besonders dem preussischen von 1872 gründlicher und feiner ausgebildet und den Kreis der mit dem Grundstück haftenden Früchte gesetzlich geregelt, weniger streng den Consequenzen der pfandrechtlichen Grundsätze, als den berechtigten wirtschaftlichen Interessen beider Parteien des Pfandcontractes entsprechend. Dadurch ist die Mithaftung der Früchte gegenüber der gemeinrechtlichen teilweise verschärft, teilweise aber auch gemildert worden.

Hat man nun zwar das römische Faustpfandrecht an Grundstücken vollständig beseitigt, so hat man doch eine die Früchte des Grundstücks betreffende, dem römischen *pignus* eigentümliche Nebenbestimmung, die sogen. Antichresis auch in neueren Rechten zugelassen, aber nur als Nebenbestimmung des Hypothekenvertrages. Der antichretische Vertrag enthält die Ab-

rede, dass der Pfandgläubiger die Nutzungen des Grundstücks selbst ziehen dürfe und ohne jede Rechnungslegung die gezogenen Nutzungen statt der Zinsen der versicherten Forderung behalte. Wie dieser Vertrag einmal dem Gläubiger alle Nutzung zu eigenem Rechte und für eigene Rechnung zuspricht, wird auf der anderen Seite durch ihn — und das ist die wichtigere Seite seines Inhalts — der Anspruch des Gläubigers auf Zinsen der zu sichernden Forderung in eigentümlicher Weise festgesetzt. Die besonderen Bestimmungen, denen der Vertrag um seiner letztgenannten Function willen unterliegt, können hier nicht erörtert werden.

Abgesehen von einigen kleineren Gebieten ist der antichretische Vertrag vor Allem heute noch in Preussen gestattet. Das preussische Recht macht freilich seine Wirksamkeit gegenüber späteren Hypothekengläubigern abhängig von der Eintragung in das Grundbuch. (Grundb. Ordn. § 12, 2 — Eig. Erw. Ges. § 12, 1) (Ebenso Hamburger Ges. v. 12. VII. 1880 zum Ges. v. 4. XII. 1868: § 19). Andere Gesetze haben dagegen die Verbindung einer Antichrese mit der Hypothek ausdrücklich für unzulässig erklärt. So in Oesterreich der § 1372 des B.G.B., in Bayern das Ausführ.-Ges. zur C.P.O. v. 23. II. 1879: art. 124. Ebensowenig hat der Entwurf dieselbe anerkannt und zwar, wie sich aus den Motiven Bd. III, S. 630 ergibt, aus folgenden Gründen. Eine Erweiterung der Rechte des Hypothekengläubigers habe nur da Berechtigung, wo der Realcredit auf die gemeinrechtliche Hypothek angewiesen sei; wo hingegen durch die Eintragung im öffentlichen Buche die Hypothek sich erkennbar mache, sei der Gläubiger genügend gesichert und habe Besitz und Genuss des Grundstücks zu seiner Befriedigung nicht mehr nötig. Es sei auf der anderen Seite das Interesse des Schuldners, dass die Fruchtnutzung vom Gläubiger gezogen werde, ein so geringes, und die thatsächlichen Fälle seien so selten, dass es nicht angezeigt erscheine, neben der Hypothek noch eine weitere Form des Realcredits zuzulassen.

Zweiter Abschnitt.

§ 8. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

An beweglichen Sachen wird ein Pfandrecht begründet durch vertragsmässige Uebertragung des Besitzes der Pfandsache an den Gläubiger. Dieser erhält juristischen Besitz der Sache (Dernburg, Pfandr. II. S. 64) und damit gegen jeden, auch den Pfandbesteller selbst, den Schutz durch die possessorisches Interdicte; das Eigentum bleibt dem Verpfänder.

I. Die während der Dauer seines Besitzes entstehenden Früchte haften dem Gläubiger gemeinrechtlich wie die Früchte eines verhypothecierten Grundstücks, also, wenn sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind, auf Grund eines stillschweigenden Vertrages. Dasselbe muss auch nach den Particularrechten, die eine ausdrückliche Bestimmung darüber nicht enthalten, gelten. Der „Entwurf“ enthält eine solche in § 1150.

Ueber den Umfang der Fruchthaftung kann ein Streit nicht entstehen, da sich die Pfandsache im Besitz des Gläubigers befindet. Wenn der „Entwurf eines B.G.B.“ § 1147 ein Faustpfandrecht auch in der Art entstehen lässt, dass das Pfandobject nicht in den Besitz des Gläubigers gelangt, sondern dieser nur Mitinhaber neben einem dritten sogen. Pfandhaber oder dem Verpfänder selbst unter Mitverschluss wird, so muss allerdings hinzugefügt werden — was den bei der gemeinrechtlichen Hypothek entwickelten Grundsätzen entspricht —, dass die Früchte dann nicht haften, wenn sie Eigentum eines dem Pfandgläubiger vorhergehenden dritten Berechtigten werden.

Keineswegs hat nun aber der besitzende Pfandgläubiger ohne Weiteres die Befugnis, die verpfändete Sache zu gebrauchen, er macht sich vielmehr falls er es doch thut, wegen furtum usus haftbar (event. auch strafbar: nach § 290 des d. R.St.G.). Es kann indes dem Gläubiger vertragsmässig der

Gebrauch und die Fruchtnutzung eingeräumt werden. Es besteht sogar eine Präsomtion für diese Einräumung bei Uebergabe fruchttragender Sachen; bei ihnen gilt nach gemeinem und den wichtigeren modernen Rechten der Faustpfandgläubiger nicht nur für berechtigt, sondern er ist geradezu verpflichtet, die Nutzungen zu ziehen¹⁾. Dieses erweiterte Faustpfandrecht, sogen. Nutzungspfandrecht giebt im gemeinen Recht dem Gläubiger das Recht, die natürlichen Früchte zu Eigentum zu erwerben.

II. Der Gläubiger erwirbt das Eigentum an den Früchten durch Perception²⁾. Vielfach ist freilich behauptet, dass der Faustpfandgläubiger dem redlichen Besitzer gleich stehe und daher wie dieser durch die Trennung schon Eigentümer werde³⁾. Allein die Quellen reden ausdrücklich von capere, percipere fructus. Es ist ferner für den Fruchterwerb zu berücksichtigen, dass der redliche Besitzer in einem ganz anderen Verhältnis zum Eigentümer der Sache steht wie der Pfandgläubiger. Jener weiss von einem besser berechtigten Eigentümer nicht, dieser besitzt nur in Folge einer ihm gegenüber vorgenommenen Handlung des Eigentümers, sodass seine Stellung der

1) l. 1—3 Cod. IV. 24. — A.L.R. I. 20 § 139. — Sächs. B.G.B. §§ 475. 478. — Bayr. L.R. II. 6, 11 No. 4. — Ebenso auch d. „Entwurf“ § 1154. — Nur das österreichische Recht lässt ein Nutzungsrecht des Pfandgläubigers nicht zu, blos ein Gebrauchsrecht (§ 1372). Das französische Recht kennt ein Nutzpand nur an Immobilien, nicht an Mobilien (Cod. civ. art. 2072).

2) Dernburg, Pfandr. II. S. 71.

3) Vgl. Kohler, Pfandrechl. Forschungen S. 182 fg. Kohler gründet seine Ansicht darauf, dass der Pfandgläubiger die „totale Ausbeutungsbefugnis“ gehabt habe. Abgesehen davon, dass dies den tatsächlichen Verhältnissen nicht immer entsprach, widerspricht es offenbar der sogleich zu erörternden l. 37 pr. D. 41, 1. Kohler sucht diesen Widerspruch zu beseitigen, indem er die darin ausgesprochene Nutzungsbeschränkung für wirtschaftlich zweckmässig und juristisch unschädlich erklärt. Was soll aber dann Julian zu einem positiven Verbot des Eigentumserwerbes durch Rechtsgeschäfte der Slaven gerade bei dem Pfandgläubiger veranlasst haben?

eines Niesbrauchers ähnlich ist. Vor allem aber beweist das Erfordernis einer besonderen Besitznahme die folgende Gegenüberstellung des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers. Jener erwirbt, wie oben dargelegt, die Früchte durch Separation; er erwirbt ferner, was ein bona fide von ihm besessener Slave ex re sua und ex operis servi erwirbt. Diese beiden Erwerbsarten stehen nun in den Quellen in einer so merkwürdigen Verbindung mit einander, dass man annehmen darf, wo die eine geleugnet wird, trete auch die andere nicht ein. Arg. l. 40 D. 41, 1. Da nun dem ¹⁾ Pfandgläubiger Eigentumserwerb durch Rechtsgeschäfte des ihm verpfändeten Slaven nicht zugestanden wird, so dürfte wohl mit Recht ein Gleiches für den gleichgestellten Fruchterwerb durch Separation beim Faustpfandgläubiger angenommen werden.

Eine besondere Ansicht vertritt Göppert (a. a. O. S. 388). Er behauptet, an den Erzeugnissen einer verpfändeten Sache könne der Pfandgläubiger kein anderes Recht haben als an der Muttersache; demgemäss habe er an ihnen auch nur das Recht des Besitzes und das Recht, sie im Falle Verlustes mit der actio hypothecaria jedem Dritten abzustreiten. Die Befugnis des Faustpfandgläubigers, die Früchte des Pfandes zu veräussern, erklärt er damit, dass derselbe nur Verwalter der Pfandsache im Interesse des Verpfänders sei. Es sei verkehrt, das percipere der Quellen aufzufassen als ein apprehendere animo domini. Diese Auffassung steht in engem Zusammenhang mit der Theorie, dass die Fruchttrennung der Zerlegung eines Ganzen in einzelne Teile gleichstehe. Sie ist oben zurückgewiesen. Da vielmehr die Früchte mit der Trennung selbständige Sachen werden, so geht keineswegs von selbst die Rechtsstellung der Hauptsache auf das Erzeug-

1) l. 37 pr. D. 41, 1 Julianus: per servum, qui pignori datus est, creditori nec possessio acquiritur quia nec stipulatione nec mandatione nec ullo alio modo per eum servum quidquam ei acquiritur, quamvis possessio penes eum sit. —

nis über; es bedarf eines besonderen Rechtsgrundes, auch um die gleiche Rechtsstellung für die Frucht zu begründen, wie viel mehr zur Begründung einer anderen. Und eben dieses haben die Quellen anerkannt, indem sie dem Faustpfandgläubiger das Recht geben, Eigentum an den Früchten der verpfändeten Sache durch Perception zu erwerben.

Eigentum an den Früchten wird einem anscheinenden Pfandgläubiger selbst dann, vorausgesetzt dass er bona fide besitzt, zugesprochen, wenn die Pfandsache nicht im Eigentum des Verpfänders stand, dieser also ein gültiges Pfandrecht an derselben nicht begründen konnte. Das beweist lex 22, 2 D. 13, 7.¹⁾ Ulpian zieht den Schluss, dass ein praedo die Früchte, welche der eigene Gebrauch der Sache nicht in sein Eigentum gebracht hätte, demnach pigneraticia actione vom Pfandgläubiger erwerbe aus Folgendem:²⁾ der gutgläubige Pfandbesitzer wird Eigentümer der Früchte, muss aber als Pfandgläubiger nach Tilgung der Schuld die überschüssenden Früchte dem Verpfänder übereignen.

Das moderne Recht hat, wie bereits erwähnt, einen Sonderbesitz auch an noch ungetrennten Bestandteilen einer Sache zugelassen. So namentlich das preussische Landrecht (A. L. R. I. 7). Nach ihm erwirbt der Faustpfandgläubiger, dem es den sogen. „unvollständigen“ Besitz (I. 20 § 117) zuerteilt, dementsprechend das Eigentum an den Früchten des Pfandobjects (Milch, Wolle etc.) schon mit deren besonderer Ausbildung. Der Entwurf ist bei dem Grundsatz des Gemeinen Rechts, dass erst an gesonderten Früchten ein besonderes Recht entstehen könne, geblieben, hat aber, da die Separation und Perception meistens zusammenfallen, die positive Be-

1) Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pigneraticia actio, quamvis ipse fructus suos non faciet (a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumpti condici): proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit. —

2) Vgl. Kohler pfandr. Forschungen. S. 76.

stimmung aufgestellt, dass der Faustpfandgläubiger mit der Separation das selbständige Eigentum an den Früchten erwerbe, wenn er selbst das Pfandobject innehat. (§§ 1153, 1154, 901 Abs. 2.)

Auf die bürgerlichen Früchte lassen sich die Unterschiede von Separation und Perception nicht anwenden. Aber doch dürfte die Uebertragung der Rechte eines Faustpfandgläubigers an den natürlichen Früchten auf die bürgerlichen Früchte kaum unstatthaft erscheinen. Schon die Analogie des Niessbrauches, welche bei den natürlichen Früchten zur Anwendung kommt und darum, da Gegenstand des Faustpfandrechts ebenso wohl Wertpapiere sein können, auch hier gerechtfertigt ist, führt dazu, dem Gläubiger, dem ein Wertpapier verpfändet ist, das Recht der Nutzung derselben zuzusprechen.¹⁾ Auf der anderen Seite würde es eine ungerechtfertigte Schädigung des Verpfänders darstellen, wenn er während der Dauer des Faustpfandrechts die durch die Vorweisung des Wertpapieres bedingte Nutzung nicht erheben könnte. Somit ist auch im § 139 des A. L. R. I. 20 das Nutzungsrecht auf die bürgerlichen Früchte eines Faustpfandes zu beziehen. Ebenso im Entwurf § 1154 (vgl. § 792 Abs. 1). Fällige Zinsen eines ihm verpfändeten Wertpapieres kann der Gläubiger nur einziehen, wenn nicht das Recht dazu beim Verpfänder verblieb, wenn also dem Pfandgläubiger aus dem verpfändeten Object selbst das Recht zur Zinserhebung zusteht. Das ist bei Coupons und Dividendenscheinen von Inhaberpapieren nur möglich, wenn mit diesen die betr. Coupons und Dividendenscheine übergeben sind, denn wenn diese auch bis zum Verfalltage ein Zubehör des Hauptpapieres bilden, so sind sie doch ohne jene verwertbar,²⁾ selbständige Gegenstände des Verkehrs. Das Benutzungsrecht

1) Vgl. Striethorst Bd. 44 S. 113: „Eine fruchttragende Sache ist nicht nur eine solche, welche natürliche Früchte trägt, sondern auch ein mit Coupons zusammen verpfändetes Wertpapier.“

2) Vgl. R. O. H. G. Bd. X. 45

desjenigen, dem ein zinstragendes Wertpapier verpfändet ist, besteht also in dem Recht zum Erwerbe der ihm als Inhaber des Wertpapiers zukommenden Zinsen. Einen Anspruch auf Aushändigung der zur Einziehung der Zinsen nötigen Coupons giebt dem Gläubiger die ihm eingeräumte bzw. obliegende Nutzungsbefugnis aber nicht.¹⁾ Man muss vielmehr daraus, dass an sich der Faustpfandgläubiger zum Gebrauch eines besonderen Consenses bedarf, entnehmen, dass „soweit Benutzung und Genuss unbeschadet des Rechtes des Faustpfandgläubigers auf den Besitz des Gegenstandes selbst möglich ist, dieser Genuss dem Schuldner zukommt.“ (Lang, Würtemb. Sachenrecht II. S. 450).

III. Den Nutzungsrechten des Pfandgläubigers einer fruchttragenden Sache steht, wie bemerkt, eine Nutzungspflicht gegenüber. In Bezug auf die Art und den Umfang der Nutzung ist gemeinrechtlich maassgebend die Verpflichtung des Pfandgläubigers zur Sorgfalt eines „guten Hausvaters“ (l. 14 D. de p. a. 13,7 l. 19 Cod. 8,14). Daher darf er weder zu nachlässig noch irrationell die Fruchtziehung betreiben. Das moderne Recht hat diese Pflicht nicht erweitert; es betrachtet den Faustpfandgläubiger als Verwahrer fremden Gutes und lässt ihn demgemäss für mässiges Versehen haften d. i. dasjenige, welches bei einem gewöhnlichen Grade von Aufmerksamkeit zu vermeiden war. Preuss. A. L. R. I. 20 § 142, Sächsisches B. G. B. § 475, Entwurf §§ 1156, 1157 (Motive III. S. 857). Der Gläubiger hat dabei auch das Recht, statt durch eigenen Gebrauch die Früchte des Pfandobjects zu ziehen, durch Vermietung — sofern das Object vermietbar ist — den directen Fruchtgenuss in einen indirecten d. h. Geldrentengenuss zu verwandeln.²⁾

Den Wert der gewonnenen Früchte muss der Gläubiger

1) Vgl. Koch, Preuss. Landr., Anm. 101 zu I. 20 § 139.

2) Vgl. Kohler a. a. O. S. 189. Hanseatische Gerichtszeitung Beibl. z. 1886 N. 36 (Brandis: Hamburger Praxis S. 306).

auf die verabredeten Zinsen und etwaigen Ueberschuss auf das geschuldete Kapital anrechnen. Hat der Ertrag noch mehr eingebracht als dieses, so ist der Rest dem Schuldner nach Tilgung der Schuld herauszugeben, jedoch nach vorherigem Abzug der auf die Fruchtbestellung bzw. -gewinnung verwendeten Kosten. (Vgl. l. 5,21 D. 36,4, l. 1 Cod. 8,28 bis l. 1,3 D. 20,1). Aus der Verpflichtung zur *diligentia patris familias* folgt, dass der Gläubiger nicht nur die *fructus perceptos* sondern auch die *percipiendos*, die vernachlässigten, einrechnen muss.

Der Pfandgläubiger kann gemeinrechtlich auch das Recht haben, die von ihm gezogenen Früchte zurückzuhalten, soweit ihr Wert der Höhe der landesüblichen Zinsen entspricht. Es ist dies der Fall der sogen. *antichresis tacita*. Hat nämlich der Pfandgläubiger ein unverzinsliches Darlehen gegeben, so soll er berechtigt sein, *de fructibus rei pignorate ad modum legitimum usuras retinere* (l. 8 D. 20,2). Dieses Rückhaltungsrecht ist nicht aus einem Verzuge des Schuldners, da dieser den Gläubiger zur Retinierung der Pfandsache selbst berechtigt, sondern daraus mit Dernburg (Pfandr. II. S. 74) zu erklären, dass es unbillig erschien, dem zur Zinszahlung nicht verpflichteten Schuldner noch das Recht auf den gesamten Fruchtertrag der Pfandsache zu geben. Streitig kann dabei sein, ob das Rückhaltungsrecht des Pfandgläubigers sich nach dem jedesmaligen Jahresertrag für jedes Jahr verschieden bestimmt, oder ob er, falls in einem Jahre der Ertrag nicht die Höhe der landesüblichen Zinsen erreicht, aus dem Ueberschuss eines anderen Jahres jenen geringeren Ertrag ergänzen kann. Hier scheint mir auch Dernburg die richtige Meinung aufgestellt zu haben, nämlich, dass die Abrechnung für jedes Jahr besonders stattfinden müsse, da man sonst die schon singuläre Befugnis des Gläubigers zu Ungunsten des Schuldners erweitere.

Die modernen Rechte kennen das Institut der *antichresis*

tacita nicht. Ebenso wenig hat der Entwurf eine Bestimmung über dieses schon für das Gemeine Recht bestrittene Institut getroffen. Damit wird dasselbe, wie es auch im heutigen gemeinen Recht nur selten vorkommt, vollständig beseitigt sein.

Es erübrigt, eine Modification des dem Faustpfandgläubiger bei einer fruchttragenden Sache im Zweifel zustehenden Nutzungsrechtes zu erwähnen, welche schon bei dem Immobiliarpfandrecht (oben Seite 52) erörtert ist, das sogen. antichretische Faustpfandrecht oder Nutzpand. Wir haben hier dem oben Gesagten nur hinzuzufügen, dass im Mobiliarpfandrecht, anders wie im Immobiliarpfandrecht, nicht nur von einzelnen modernen Partikularrechten, sondern auch von dem „Entwurfe“ § 1154 Abs. 3 (Motive III. S. 809) die Zulässigkeit einer vertragsmässigen Abänderung des Fruchtnutzungsrechtes festgehalten ist.

Krönig, Daniel

Ueber die pfandrehtliche Haftung der Früchte einer verpfändeten Sache

1891

J.rom.m. 278 cp

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637661-0